

COURS

DE

DROIT COMMERCIAL.

IMPRIMERIE DE DELTOMBE, RUE DE LOUVAIN, N° 41.

COURS

DE

DROIT COMMERCIAL

PAR

J.-M. PARDESSUS,

PROFESSEUR DE DROIT COMMERCIAL A LA FACULTÉ DE PARIS.

SIXIÈME ÉDITION,

AUGMENTÉE DE LA LÉGISLATION ET DE LA JURISPRUDENCE BELGES,

SUIVIE

DU TRAITÉ DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE,

PAR M. DESPRÉAUX, AVOCAT A LA COUR DE PARIS.

TOME SECOND.

BRUXELLES,

LIBRAIRIE DE JURISPRUDENCE DE H. TARLIER,

ÉDITEUR DE MERLIN, DALLOZ, DURANTON, TOULLIER, SIREY, GRENIER, ROGRON, PAILLIET, POTHIER, LEGRAVEREND, LERMINIER, HENRION DE PANSEY, CHABOT DE L'ALLIER, BOULAY PATY AUGAN, CARRÉ, DUPIN, PARDESSUS, PIGEAU, PROUDHON, MACAREL, LEDRU, DUCAURROY, PERSIL, VAZEILLE, COMTE, PONCET, LAGRANGE, DE LA PASINOMIE OU NOUVELLE COLLECTION COMPLÈTE DES LOIS BELGES, DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION ET DES COURS D'APPEL DE BELGIQUE ET DE FRANCE, DES CODES ANNOTÉS COMPLÉTÉS POUR LA BELGIQUE, DU DICTIONNAIRE GÉNÉRAL DES DROITS D'ENREGISTREMENT, ETC.

1836.

COURS

DE

DROIT COMMERCIAL.

SUITE DE LA IVe PARTIE, TITRE V.

CHAPITRE III.

Des Actions de l'Assuré contre l'Assureur.

824. L'assuré étant, comme nous l'avons dit n° 594, le véritable demandeur, il importe de connaître la nature et l'espèce des actions qu'il peut intenter : ce sera l'objet de ce chapitre, que nous diviserons en cinq sections. Dans la première, nous verrons par qui, et contre qui peuvent être intentées les actions de l'assuré; dans la seconde, quand il y a lieu de les former; dans la troisième, comment la demande doit être justifiée; dans la quatrième, quelles actions l'assuré peut intenter; dans la cinquième, comment l'assuré peut exiger son paiement.

SECTION PREMIÈRE.

Par qui et contre qui les Actions doivent être intentées.

825. Les principes généraux que nous avons présentés n° 594 ne peuvent éprouver de modifications dans le assurances maritimes, parce qu'ils sont déduits de la nature du contrat. Ainsi, il ne peut y avoir de difficulté lorsque le nom de l'assuré est désigné dans la police. C'est à lui que le droit de demander appartient, et s'il a cédé ses actions, c'est au cessionnaire. Cette cession peut être directe et explicite, comme dans le cas où un créancier vend sa créance; elle peut être indirecte et implicite, comme lorsque la chose assurée ayant été vendue par celui qui l'avait fait assurer, l'acheteur acquiert accessoirement, et sans qu'une clause expresse ait été nécessaire, le droit à l'assurance dont elle était l'objet.

En général, l'assureur n'est point admis à élever la question de propriété lorsqu'il est poursuivi par celui qui est dénommé dans la police, ou qui en est devenu propriétaire par une négociation légitime, et qu'elle est d'ailleurs conforme au connaissement dont la même personne est aussi légitime porteur. Il faut qu'il justifie avoir quelque intérêt à exiger cette vérification, par exemple en alléguant que le pour-compte a été simulé de manière à ce que cette simulation lui fournît de légitimes exceptions de fraude ou de réticence, suivant les règles qui seront expliquées dans les chapitres suivants, ou bien en établissant que *tel* est le véritable

assuré dont le demandeur n'est que le fondé de pouvoir, s'il prétend qu'il a quelque exception personnelle, quelque compensation ou autre mode d'extinction de la dette à opposer à l'assuré véritable. En effet, il pourrait y avoir beaucoup d'inconvénients à lui accorder indistinctement une exception qu'il ne manquerait jamais de faire valoir, et dont le jugement retarderait le paiement.

826. L'action peut aussi être intentée par le commissionnaire qui a stipulé l'assurance: c'est la conséquence des principes sur la commission, expliqués nos 563 et suiv. Mais comme il ne faut pas qu'un droit légitime en lui-même serve à couvrir ou à faciliter des fraudes, l'assureur aurait droit d'exiger que le commissionnaire qui le poursuit nomme son commettant, pour s'assurer si réellement il y a eu des choses assurées dans l'intérêt de celui à qui elles appartiennent. Sans cela, sous prétexte qu'on est commissionnaire, on pourrait faire des assurances qui ne seraient, dans la réalité, que des gageures.

Mais nous avons vu, no 594, que le véritable propriétaire d'une chose qu'un tiers a fait assurer est fondé à réclamer lebénéfice de l'assurance, en justifiant de sa propriété, et à agir contre l'assureur, tant que celui-ci n'a pas satisfait la personne avec qui il a contracté.

Du reste, ce que nous avons dit no 800 suffit pour établir que le capitaine n'a pas, dans sa seule qualité, et sans autre pouvoir, le droit d'intenter les actions résultant de l'assurance du navire ou de la cargaison dont la conduite lui a été confiée.

827. Il pourrait se faire qu'une même chose assurée appartînt à plusieurs personnes. Il faut alors distinguer : ou les choses assurées leur appartiennent en commun, ou chacune a sa portion particulière et distincte. Dans ce second cas, c'est comme s'il y avait autant de polices que d'assurés; chacun en droit-soi poursuit l'assureur, sans examiner quels sont les droits des autres. Dans le premier cas, l'action est commune, et pour son exercice on suit les règles des sociétés, dont nous parlerons dans la cinquième partie. Il pourrait même arriver que sans avoir été communes dans l'origine, et au moment du contrat, des choses assurées le devinssent par l'effet de quelque accident qui les confondrait. Le principe de droit civil qui servirait à régler le partage serait également suivi pour déterminer la portion de la somme promise par l'assureur.

S'il y a plusieurs assureurs pour une même chose, il faut distinguer s'ils ont assuré ensemble ou distinctement. Au premier cas, l'assurance qu'ils ont donnée est une engagement commun : à moins de convention contraire ou de circonstances bien précises, elle est solidaire entre les assureurs, et l'on suit les règles générales du droit sur les actions à intenter contre des obligés solidaires ou des associés. Si les assurances sont distinctes, chacun des assureurs doit être poursuivi séparément, car c'est comme s'il y avait eu autant de polices séparées : chacun paie, selon les cas, la totalité de la somme qu'il a assurée, ou contribue proportionnellement à cette somme, dans les indemnités que réclame l'assuré.

SECTION II.

Quand l'Assuré peut agir contre l'Assureur.

828. C'est, en général, à l'événement qui, d'après la convention, met fin aux risques, que l'assuré peut former sa demande.

Ce terme des risques peut arriver, ou par l'accomplissement du voyage convenu, ou par des accidents de force majeure qui opèrent sa rupture. On conçoit, en effet, qu'un navire assuré pour six mois, ou pour un voyage de Bordeaux à la Martinique, ou pour *telle* portion de ce voyage, puisse éprouver des accidents qui occasionnent des déboursés, des pertes de nature à être supportés par les assureurs, sans que, pour cela, il soit empêché de terminer sa navigation. On conçoit aussi que, dans les mêmes cas, un naufrage, la prise, ou tout accident de cette nature, terminent forcément le voyage.

Les accidents qui donnent droit à l'assuré d'agir contre l'assureur avant l'époque déterminée par la convention, pour la cessation des risques, sont tous ceux qui causent aux choses assurées une perte absolue ou presque absolue; ou qui, laissant sur leur existence une incertitude complète, ne permettent plus qu'on suppose une continuation de risques, et opèrent ce qu'on appelle généri-

quement une rupture forcée du voyage commencé : nous avons vu, n° 770, qu'on désignait ces accidents par le nom de sinistre majeur ; les autres, qu'on nomme simplement avaries, n'empêchant pas la continuation du voyage et des risques jusqu'au terme convenu, ne sont pour l'assuré que des créances qu'il peut répéter seulement à l'instant où la cessation de tous risques opère l'ouverture de son droit.

Nous avons fait connaître, n° 594, les cas dans lesquels l'assuré pourrait former une demande contre l'assureur, sans attendre l'événement prévu. Il est inutile d'en parler ici. Les règles que nous avons données sont de nature à s'appliquer à toute espèce d'assurance.

SECTION III.

Comment l'Assuré doit justifier sa demande.

829. Les principes généraux que nous avons fait connaître n°s 769 et suivants, ont pour conséquence nécessaire, que le demandeur, après avoir établi sa qualité, prouve trois choses : 1° que l'événement ou l'un des événements prévus par la police sont arrivés; 2° que les choses atteintes par ces événements existaient au moment de l'accident; 3° que ces choses avaient une valeur égale au moins à la somme pour laquelle elles ont été assurées ; 4° qu'elles étaient sa propriété, ou qu'il avait intérêt à leur conservation, ou enfin qu'il est devenu cessionnaire des droits de celui à qui ces choses appartenaient. Mais comme nous nous sommes suffisamment expliqué sous ce dernier rapport, n°s 823 et suivants, nous ne traiterons que des trois autres dans les trois paragraphes de cette section.

§ 1er. *De la Preuve des Accidents.*

830. La nature des accidents apporte quelque différence dans la manière d'en faire la justification.

Les tempêtes, naufrages, échouements, n'ont quelquefois d'autres témoins que le ciel et la mer. La distance des lieux, la nature des événements, l'ignorance des formalités légales usitées dans les pays où ces accidents ont jeté l'équipage, l'impossibilité où l'on est souvent de les remplir, les circonstances, qui varient autant que les accidents, tout semble commander de n'être pas trop exigeant.

Le rapport du capitaine, dont nous avons indiqué les formes n° 648, est souvent le plus sûr moyen de constater les événements; et nous avons vu, n° 613, que le naufrage lui-même n'en dispensait pas ; de simples déclarations de ce capitaine, des gens de l'équipage, ou des passagers, seraient donc insuffisantes. Le juge les interroge séparément ou collectivement, selon qu'il croit que l'un ou l'autre mode lui donne plus de moyens pour connaître la vérité; il leur fait détailler toutes les circonstances de l'événement, et par là il parvient plus facilement à s'assurer de sa réalité, et surtout de la cause qu'il l'a produit; tandis que des certificats isolés sont souvent obtenus par séduction, ou accordés par faiblesse.

La règle qui veut qu'en matière civile les témoins ne soient entendus qu'après une litispendance, n'est pas suivie dans ce cas. Le rapport et sa vérification ne sont pas, à proprement parler, une enquête entre des parties dissidentes sur des faits ; c'est un récit d'événements dont le souvenir ou les traces peuvent s'effacer ou périr, et que l'on consigne pour servir à qui de droit ; par ce motif, les parties intéressées ne sont point intimées pour être présentes.

Quelquefois même il faut que le rapport soit appuyé de pièces justificatives, telles que des procès-verbaux dressés dans le temps et le lieu de l'événement, ou l'autorisation du juge, lorsqu'elle est requise, suivant ce qui a été expliqué dans les titres II et IV.

Le rapport, qui fait foi contre l'assuré, sans qu'il puisse alléguer d'autres accidents que ceux qu'a déclarés le capitaine, peut être contesté par l'assureur ; mais tant qu'il n'est pas légalement attaqué, il fait foi : néanmoins, cette foi ne se rapporte qu'au fait matériel. Ainsi, lorsqu'un navire a péri par un incendie, le rapport fait foi contre l'assureur, tant qu'il ne prouve pas que le navire, ou n'a pas péri, ou a péri par un autre accident dont il ne serait pas responsable. Mais tout en s'en tenant au rapport sur ce point, l'assureur pourrait, comme nous l'avons dit n°s 771 et 773, en discuter les diverses énonciations,

essayer d'en induire, par exemple, qu'un incendie n'a pas été purement fortuit et de force majeure, comme l'allègue le capitaine; que le rapprochement des diverses circonstances énoncées au rapport et dans l'interrogatoire des gens de l'équipage démontre qu'il faut l'attribuer au fait ou à la faute de ce dernier, ou des personnes dont il est responsable. Ce serait aux juges à faire l'appréciation du tout.

On ne pourrait, toutefois, juger non-recevable un assuré qui ne justifierait pas la perte par un rapport régulier, ou dont le capitaine n'aurait pas tenu un livre de bord en règle [1]. En général, le rapport est le moyen le plus facile et le plus sûr de prouver l'événement; mais son défaut n'est pas un motif pour qu'on refuse à l'assuré la faculté de justifier, par tout autre moyen, un fait qui ne peut pas changer de nature, par cela seul qu'il n'aurait pas été déclaré dans *telle* ou *telle* forme.

En un mot, la perte n'a besoin que d'être constatée d'une manière suffisante pour convaincre tout homme raisonnable; et la notoriété publique peut elle-même être quelquefois invoquée. Il suffit que le juge ait une certitude morale, et que, par les circonstances, il soit convaincu de la vérité du fait; car, en matière d'assurance, la nécessité oblige de se contenter des preuves qu'il est possible d'avoir, et l'on en admet, qu'on rejetterait en toute autre matière. Par exemple, le paiement fait par le plus grand nombre des assureurs d'un même navire, qui ne militerait aucunement, s'il s'agissait d'une question de droit, serait une considération capable de déterminer plus aisément contre ceux qui refuseraient de croire à la vérité de l'accident. Cette reconnaissance faite par des assureurs, contre leur propre intérêt, a une force morale qu'il est juste de prendre en considération.

Néanmoins, il faut toujours une preuve quelconque: ainsi le pacte que l'assureur s'en tiendra à l'affirmation de l'assuré, sur le fait de l'accident, serait illicite; car un individu ne peut être témoin, et surtout seul témoin dans sa propre cause, quoiqu'on puisse cependant, au cours de l'instance, lui déférer le serment. Mais le pacte qu'on s'en tiendra à l'attestation du capitaine serait valable, sauf à l'assuré à faire une preuve contraire au récit de ce dernier.

1 Cass., 1er sept. 1813 Dalloz, t. 3, p. 85

831. Ce qui vient d'être dit est particulièrement applicable au naufrage, à l'échouement, à la perte du navire par le feu, l'abordage, aux changements forcés de route, de voyage ou de navire occasionnés par l'un de ces accidents. S'ils l'avaient été par déclaration de guerre, représailles, etc., les renseignements officiels serviraient à lever toute incertitude. La prise, le pillage, l'arrêt de prince, peuvent en outre être prouvés par la correspondance du capitaine et des principaux de l'équipage.

Les pertes par jet, les sommes dues ou payées pour contribution, sont constatées par les procès-verbaux dont nous avons parlé nos 736 et suivants. Les autres pertes et détériorations se justifient par les moyens que la nature des choses indique aisément.

§ II. *Preuve de l'Existence des choses au moment de l'accident.*

832. L'objet de l'assurance étant, comme on l'a vu no 594, de réparer une perte réelle, l'assuré doit prouver qu'au moment des événements dont il a établi la preuve par les moyens que nous venons d'indiquer, les choses assurées existaient; c'est ce que, dans l'usage, on appelle preuve du chargé. Il ne faut pas perdre de vue quelques principes que nous avons déjà donnés à cet égard, nos 809 et suiv. Quelquefois la police constate que ce fait a été reconnu par l'assureur. Il est clair que cette énonciation produit une présomption qui dispense l'assuré de nouvelles preuves, sauf à l'assureur à établir qu'il a été trompé par l'allégation de l'assuré, à laquelle il a trop légèrement ajouté foi; que celui-ci n'a rien chargé, ou n'a pas chargé tout ce qu'il avait déclaré, ou que les choses réellement chargées au moment où le contrat a été fait ont été mises hors de risques avant l'événement allégué, de manière à n'avoir pu être atteintes par cet événement. Nous en parlerons en traitant des exceptions de l'assureur, no 863.

L'effet de cette clause de dispense de justifier du chargé ne serait que de changer, quant à la justification, la position des parties, et d'affranchir l'assuré d'une preuve préalable que la nature du contrat d'assurance lui impose. Mais la clause que l'assuré sera dispensé de prouver le chargé, à la réquisition de l'assureur, serait réputée non

écrite, comme tendant à faire dégénérer le contrat en gageure.

La dispense de justifier du chargé, ayant l'effet d'intervertir les rôles qui résultent de la nature du contrat, doit être expresse; on ne peut même se dissimuler qu'elle a quelque chose de suspect; car presque toujours la position respective de l'assuré et de l'assureur ne permet pas que celui-ci puisse vérifier la réalité du chargement, de manière à dispenser sérieusement et en connaissance de cause l'assuré d'en faire la preuve. Cela a lieu, à bien plus forte raison, lorsque, dans les cas prévus nos 805 et 809, l'assurance est faite sur des choses qui ne sont point encore chargées, mais qui doivent l'être, ou dont on ignore l'espèce, le lieu et le mode de chargement. Chaque fois donc qu'une dispense de prouver le chargé n'a pas été stipulée d'une manière expresse, la règle est que l'assuré joigne à la preuve des accidents qu'il prétend être survenus celle du chargement qu'il a dû faire.

La preuve de l'existence des marchandises se fait par le connaissement, dont il appartient aux juges d'apprécier la régularité et la force probante [1]; et comme il est rare qu'il ne contienne pas la clause, *que dit être*, dont nous avons vu, n° 728, que l'effet est de laisser quelque incertitude sur la véritable consistance des choses assurées, les assureurs auraient droit de requérir l'exhibition des factures et autres pièces propres à constater les quantité, qualité et espèces des choses assurées. Le connaissement ne peut être suppléé par la charte-partie, parce qu'on peut avoir affrété tout ou portion d'un navire pour y charger des marchandises qu'en définitive on ne charge pas, ou qu'on ne charge qu'en partie.

Cette preuve peut aussi être faite par d'autres pièces que le connaissement, telles que les expéditions des douanes, la correspondance du commissionnaire ou de ceux qui ont présidé au chargement, les attestations de l'équipage, etc., avec cette différence toutefois que le connaissement suffit pour prouver le chargement, jusqu'à preuve contraire sauf dans le cas prévu n° 724; au lieu que chacune des autres pièces, prise séparément ne suffirait pas. Néanmoins, il faut coordonner le principe qui exige une preuve, et qui place au plus haut degré de faveur les connaissements, avec les usages et les circonstances. Il peut exister des pays où les capitaines ne soient pas habitués à donner des connaissements, où il n'y ait aucun moyen d'avoir des preuves légales qui y suppléent: les assureurs ont couru les chances de ces preuves imparfaites, et ne seraient pas fondés à invoquer la rigueur du droit contre les assurés; c'est aux tribunaux à apprécier les preuves fournies par ceux-ci. De même, il est d'usage que les chargeurs de pacotilles, qui les confient souvent à des capitaines sans exiger un connaissement, stipulent dans la police qu'ils prouveront le chargé par toutes sortes d'écriture.

L'assureur peut, au reste, contester la vérité du connaissement ou autres documents, puisqu'il n'a point participé à leur confection; et les tribunaux peuvent se décider, comme dans tous autres cas où des actes sont argués de fraude ou de supposition, par des présomptions du genre de celles que nous avons fait connaître n° 264. Le connaissement lui-même, quoique rédigé par le capitaine, qui peut inspirer plus de confiance qu'une simple attestation, n'est qu'un écrit privé, et ne fait foi que jusqu'à preuve contraire [2]. A l'égard de l'assuré, quand même le connaissement aurait été rédigé par son commissionnaire, il n'est pas admis à en contester l'exactitude.

La crainte de fraude ou de collusion ayant fait prendre, en ce qui concerne les chargements faits par le capitaine ou par des gens de l'équipage, des précautions que nous avons expliquées n° 724, il est évident que les connaissements produits par ces personnes ne peuvent faire foi, dans leur intérêt, contre leurs assureurs, que s'ils sont revêtus des formalités que nous avons indiquées.

Mais une fois que l'assuré a fait la preuve du chargé, la présomption naturelle est que ces choses étaient existantes au moment où est arrivé l'accident dont la réparation est demandée, sauf à l'assureur à prouver le contraire.

La preuve qu'au moment du sinistre le navire existait, si c'est cet objet qui a été assuré, se fait par les différentes pièces qui peuvent en attester le départ, suivant les règles que nous avons données n° 633.

1 Rejet, 15 fév. 1826. — Rejet, 6 juill. 1829. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 127; 1829, 1e, p. 318.

2 Rejet, 15 fév. 1826. Sirey, 1827, 1e, p. 127.

§ III. *Preuve de la valeur des choses atteintes par l'Accident.*

833. A défaut d'évaluation faite dans la police, conformément à ce qui a été dit n° 820, la valeur des marchandises assurées est constatée par les factures, par les livres de l'acheteur, ou par des extraits de ceux du vendeur; car le connaissement qui constate le fait et la consistance du chargement n'a pas pour objet d'en prouver la valeur. Si ces moyens manquent, on a recours à l'estimation, suivant les règles que nous avons données n°s 816 et suiv.; elle est aux frais de l'assuré qui doit prouver ce qu'il avance, puisqu'il n'a pas pris la précaution de faire insérer une évaluation dans la police.

Quant au navire, les pièces qui en constatent l'achat, ainsi que les dépenses de l'armateur, connues sous le nom de *mise hors*, et l'état constaté par les procès-verbaux de visite, servent à déterminer sa valeur, conformément à l'art. 10 de la déclaration du 17 août 1779. En ce qui touche les dépenses faites en route et assurées, comme il a été dit n° 767, elles doivent être prouvées par mémoires, factures et états visés par les autorités des lieux où la dépense a été faite; et, dans les cas où quelque circonstance extraordinaire n'aurait pas permis de se procurer ces preuves, par les moyens que les juges apprécieraient dans leur sagesse. Nous ne croyons pas nécessaire de répéter ce qui a été dit n°s 815 et suiv. Il suffit de faire observer que lorsque l'existence et la valeur des choses assurées ont été prouvées par les moyens indiqués, les frais et chances de la preuve contraire sont à la charge de l'assureur; et s'il parvient à la faire, il y a lieu au ristourne, suivant les règles qui seront expliquées dans le chapitre cinquième.

834. Lorsque c'est un assureur qui a fait réassurer, on ne peut exiger de lui qu'il prouve, pour avoir droit d'être remboursé par son propre assureur, autre chose que le paiement par lui fait à celui qu'il avait primitivement assuré; sauf au réassureur à alléguer et à prouver une collusion dans le but de le tromper. La demande pourrait aussi être faite par un prêteur à la grosse qui aurait fait assurer les choses sur lesquelles il a prêté, ou par un cessionnaire d'intérêt dans un chargement, qui aurait fait assurer ce qui lui a été vendu sur connaissement. Ils devraient, dans la rigueur du droit, en justifier la valeur, de même que le propriétaire qu'ils représentent y eût été obligé, si les marchandises étaient demeurées à ses risques, et qu'il les eût fait assurer. On n'exige pas, toutefois, des preuves aussi directes; il suffit ordinairement qu'ils représentent la première convention qu'ils ont faite. A plus forte raison, ils peuvent valablement stipuler qu'ils ne seront tenus à aucune autre justification; mais si celui dont ils exercent les droits avait commis quelque faute, ils en supporteraient les suites.

SECTION IV.

Quelles Actions l'Assuré peut intenter.

835. Nous avons distingué, n°s 770 et 828, le sinistre majeur, des avaries. Le sinistre majeur ne donne pas simplement à l'assuré le droit de se faire indemniser des dommages qu'il éprouve; il lui est permis d'abdiquer la propriété de ce qui reste ou de ce qui peut rester des choses assurées, et d'exiger de l'assureur la somme assurée, comme si la perte de ces choses était entière : c'est ce qu'on nomme le *délaissement*.

Les avaries, au contraire, ne donnent que la faculté de demander la réparation de la perte éprouvée, par une voie nommée *action d'avarie*.

Nous en ferons l'objet des deux paragraphes suivants.

§ Ier. *Du Délaissement.*

816. En matière d'assurance, on appelle *délaissement* l'acte par lequel l'assuré abandonne à l'assureur la propriété de la chose assurée.

L'objet de l'assurance n'étant que de procurer à l'assuré l'indemnité des pertes ou dommages qu'il éprouve par l'espèce de risque dont s'est chargé l'assureur, le délaissement peut paraître inutile et contraire à la nature du contrat, puisque l'assureur n'achète point les choses qu'il assure, mais seulement s'oblige à réparer le dommage qu'elles peuvent éprouver. Il semble répugner à l'équité, qu'au lieu de suppléer, par une prestation pécuniaire, ce que les accidents dont il répond enlèvent de consistance ou de prix

aux choses assurées, il soit forcé d'en devenir propriétaire, quelque inutile ou onéreuse que puisse lui devenir cette propriété.

Mais l'extrême difficulté de régler, dans certains cas, les droits respectifs; l'embarras que présenterait le recouvrement des choses qu'on aurait cru péries, ou pour régler la restitution de ce que l'assureur aurait payé à l'assuré sur la foi de cette perte; l'objet même des assurances maritimes qui, de la part de l'assuré, n'est pas de conserver des débris, des restes informes, mais les choses mêmes, a rendu nécessaire une exception de droit commun, en permettant à l'assuré d'abandonner sa propriété à l'assureur, qui devient obligé de lui payer en entier la somme assurée, ou, s'il n'en a pas été fixé, la valeur estimative de ces choses.

Le délaissement étant plus onéreux pour l'assureur que l'action d'avarie, les cas ont dû en être restreints, et soumis à des formes et à des délais rigoureux.

Nous allons examiner, dans les trois articles suivants, 1° quels événements donnent lieu au délaissement; 2° dans quel délai et dans quelles formes il doit être fait; 3° les effets qu'il produit.

ART. Ier. *Des cas de Délaissement.*

837. Le délaissement des objets assurés peut être fait en cas de prise, de naufrage, d'échouement avec bris, d'innavigabilité par fortune de mer, d'arrêt de puissance, de défaut de nouvelles, de perte ou de détérioration des effets assurés égale aux trois quarts au moins.

Ces cas ne reçoivent point d'extension par analogie; ils sont de droit étroit, et exclusifs de tous autres. Ainsi, une force majeure qui n'aurait pas les caractères que nous venons d'indiquer, par suite de laquelle les choses assurées ne parviendraient pas à leur destination, ne serait pas une cause de délaissement. Par exemple, si, dans le cours du voyage, ces choses étaient prises par un gouvernement pour des besoins publics, mais non par voie hostile, et payées un prix quelconque, l'assuré ne pourrait en faire le délaissement à l'assureur, sauf l'action d'avarie, pour s'en faire compléter la valeur réelle. Cette observation est d'une grande importance, puisque souvent, dans les polices, on renonce à l'action d'avarie, et qu'alors l'assuré, réduit au délaissement, ne peut l'intenter s'il ne se trouve pas exactement dans l'un des cas prévus.

Le délaissement étant, comme il est facile de le voir, plus incommode pour l'assureur que l'action en avarie, il semblerait convenable de lui laisser le choix mais la nature des choses s'y oppose. Si le délaissement ou l'action en avarie était un mode de libération, le choix devrait sans doute en être laissé à l'assureur, puisqu'il est débiteur; mais c'est un mode facultatif d'exercice de la créance, et, par conséquent, le choix appartient au créancier.

Nous allons expliquer successivement les cas de délaissement ci-dessus indiqués.

Dist. I. *Du Délaissement en cas de prise.*

838. La prise est le premier cas qui donne lieu au délaissement. Ce fait, en lui-même, n'opère pas toujours sur-le-champ la perte entière effective. Le navire peut être repris par son équipage; il peut l'être par un corsaire de sa nation, et si cette reprise a lieu dans les vingt-quatre heures, le premier propriétaire le recouvre, en payant au second capteur, indépendamment des frais relatifs à la reprise et à la restitution, le tiers de sa valeur; il peut l'être par un vaisseau de l'État, et, quelle que soit l'époque de cette recousse, le propriétaire recouvre son navire, en payant le trentième de la valeur, si elle a lieu dans les vingt-quatre heures, et le dixième, si c'est après ce délai. Ces règles sont établies par l'arrêté du 22 mai 1803 (2 prairial an XI), art. 54. Le navire peut encore avoir été abandonné par le capteur et pendant l'an et jour le propriétaire a droit de le réclamer contre les tiers; il peut aussi être relâché, soit volontairement, soit par jugement de l'autorité compétente, qui donnerait main-levée; il peut enfin être racheté.

Il faut en tirer la conséquence que, si après la prise d'une chose assurée, et avant le délaissement, un événement quelconque, fût-ce même l'achat que l'assuré en ferait, d'après la mise en vente provoquée par le capteur, fait qu'elle revienne en son pouvoir, il ne peut plus ensuite déclarer qu'il la délaisse à l'assureur; sauf, s'il a payé quelque chose à ce sujet, à s'en faire rembourser par action d'avarie. Mais si cet événement n'arrivait

qu'après le délaissement, l'assureur ne pourrait prétendre que la cause ayant cessé, l'effet cesse aussi. La propriété de la chose abandonnée est incommutablement transmise à l'assureur.

839. Parmi les événements qui peuvent ainsi faire rentrer les choses assurées au pouvoir de l'assuré, on doit principalement remarquer le rachat. Il n'est pas toujours facile d'avertir l'assureur de la prise, et d'attendre ses ordres. On a vu aussi, n° 642, qu'assez souvent le capteur se contentait d'une rançon qui lui était payée, soit comptant, soit en traites du capitaine sur son armateur, ou sur le correspondant de celui-ci; le tout suivant des principes qui sont à peu près les mêmes chez toutes les nations, et qui, pour la Erance, sont contenus dans l'acte du gouvernement du 21 mai 1803 (2 prairial an XI.)

L'assuré est tenu d'en faire, le plus tôt possible, la signification à l'assureur; et l'on considérerait comme une négligence capable de donner lieu à des dommages-intérêts contre lui, un retard de plus de trois jours, à compter de l'avis qu'il en a reçu.

L'assureur, s'il n'a pas encore approuvé ce rachat expressément ou tacitement, peut déclarer, par une signification faite dans les vingt-quatre heures qui suivent celle qu'il a reçue, outre un jour par trois myriamètres de distance, si, ou non, il le prend pour son compte. S'il y renonce, ou s'il ne s'explique pas dans cet espace de temps, il doit payer la somme assurée ou la valeur des choses assurées, si elles n'ont pas été estimées dans la police, sans rien prétendre aux effets rachetés, qui, à son égard, sont présumés avoir été pris. Il lui reste seulement, s'il prétend que la prise a été faite indûment, le droit d'agir contre le capteur, en restitution de la rançon.

S'il accepte le rachat, il doit acquitter l'obligation contractée par l'assuré dans les termes de la convention; et, par ce moyen, le cours de l'assurance est rétabli tel qu'il était avant la prise. Il ne pourrait, en acceptant la composition, discuter en aucune manière les conditions qui y ont été stipulées. Par exemple, Pierre avait sur le *Saint-Louis* pour 100,000 fr. de marchandises assurées par Paul; ce chargement est pris, et racheté moyennant 50,000 fr. Si Paul refuse de prendre la contribution pour son compte, Pierre paiera les 50,000 fr. de rachat, demandera à Paul les 100,000 fr. assurés, et l'assureur ne pourra rien prétendre dans les choses assurées. Mais Paul prend la composition à son compte; il rembourse les 50,000 fr. de rachat, et l'assurance continue d'avoir son cours. Si les marchandises arrivent à bon port, il n'aura payé que 50,000 fr., au lieu de 100,000 fr. qu'il eût acquittés au cas de délaissement; mais aussi, s'il y a perte après ce rachat, il faudra qu'il en paie encore en entier le montant, jusqu'à concurrence des 100,000 fr. assurés. C'est le résultat de la chance qu'il a voulu courir. Ce paiement, qui lui est si onéreux, n'est que l'effet d'un accident postérieur et entièrement étranger à la prise. Le premier contrat avait été en quelque sorte terminé; un second est intervenu entre les parties, du moment que l'assureur a déclaré qu'il entendait prendre la composition à son profit.

Dist. 2. *Du Délaissement pour cause de naufrage.*

840. Nous avons fait connaître, n° 643, ce qu'on entendait par naufrage. On en distingue deux espèces : le naufrage *absolu*, et le naufrage *présumé*.

Le naufrage absolu est l'événement par lequel, suivant la définition même de la déclaration du 15 juin 1735, un navire est submergé par l'effet de l'agitation violente des eaux, de l'effort des vents, de l'orage ou de la foudre, de manière à ce qu'il s'abîme entièrement dans la mer, et que de simples débris surnagent.

Mais le navire peut, en donnant contre un bas-fond, des écueils, ou le rivage, éprouver par la violence du choc une fracture, soit totale, soit dans ses parties essentielles, de manière à être entr'ouvert ou rempli d'eau, sans qu'il disparaisse absolument, ou que les débris en soient dispersés : c'est ce qu'on nomme *échouement avec bris*. Cet accident met le navire dans l'impossibilité physique de continuer la navigation; il le réduit à n'être qu'une masse de matériaux plus ou moins bien assemblés, qui ne peuvent plus être considérés comme un navire, parce qu'il faudrait plutôt le reconstruire que le réparer : aussi cet accident est-il appelé un naufrage *présumé*.

Dès que le navire a éprouvé l'un ou l'autre de ces accidents, il y a lieu au délaissement. C'est sous la direction et l'inspection

des autorités compétentes, que les mesures du sauvetage sont prises, comme nous l'avons dit n° 643. Les procès-verbaux de ces autorités, les ordres qu'elles ont donnés, fussent-ils même évidemment arbitraires, soit pour réunir les débris dans le cas de naufrage absolu, soit pour dépecer ou vendre le navire qui serait échoué avec bris; eussent-elles, mal à propos, considéré comme brisé totalement un navire que les efforts de l'équipage aurait pu relever, et que peu de frais auraient pu remettre en état, sont des preuves de sinistre que l'assureur ne saurait contester [1] : sauf son recours contre l'agent de l'autorité dont il aurait à se plaindre.

Le capitaine est tenu de travailler à recouvrer tout ce qu'il peut des débris du navire et des marchandises du chargement. Les gens de l'équipage y sont aussi obligés, leurs salaires étant réduits aux prix de ces débris et du fret des choses sauvées. L'assuré, sur les lieux, est tenu des mêmes obligations, sans préjudice du droit de l'assureur de se livrer à ces soins.

On peut hésiter sur la question de savoir si le naufrage absolu ou présumé a, relativement à l'assurance du chargement, l'effet de permettre à l'assuré de le délaisser, et demander si, comme nous l'avons dit nos 644 et 715, le capitaine ne doit pas faire tous ses efforts pour se procurer un autre navire, afin de transporter ce chargement à sa destination, sauf à l'assureur à en payer les frais et les avaries. Les deux cas nous semblent différents. Le navire peut être innavigable par suite d'échouement sans bris ou de toute autre cause semblable, sans que le chargement éprouve une dépréciation considérable; tandis que le naufrage d'un navire n'arrive presque jamais sans que les effets chargés ne soient réduits en très-mauvais état. Il nous semble donc que le délaissement des facultés peut avoir lieu pour cause de naufrage, malgré le sauvetage de tout ou partie des choses assurées. En pareille occurrence, un réglement d'avarie ne servirait qu'à occasionner des procès.

Dist. 5. *Du Délaissement par innavigabilité.*

841. Un navire peut, sans avoir éprouvé le naufrage absolu ou présumé dont nous venons de parler, être réduit à l'impossibilité de continuer sa navigation. Cet accident peut être l'effet d'un échouement non accompagné de bris. Dans ce cas, le capitaine doit employer les moyens convenables pour le remettre à flot et en état de remplir sa destination. Si l'on n'y peut parvenir, le navire est ce que nous avons appelé, n° 644, innavigable [2]. La déclaration de cet état du navire doit être faite par l'autorité compétente, conformément à ce que nous avons dit n° 606. Mais l'assureur a le droit, tout en reconnaissant que cette innavigabilité a été justement et régulièrement prononcée, d'en rechercher les causes, de prétendre et de prouver qu'elles sont imputables à l'assuré. Nous aurons occasion de développer cette exception n° 866.

L'innavigabilité donne lieu au délaissement, soit que l'assurance porte sur le navire, soit qu'elle porte sur le chargement; car un navire innavigable, qui n'a pu continuer sa route pour achever le voyage assuré, ne l'a pas pu davantage pour transporter les marchandises à leur destination. Mais les effets sont nécessairement différents. L'innavigabilité du navire met fin à l'assurance sur le corps, puisqu'il est déclaré hors d'état de remplir le but de sa destination. L'assureur en a garanti l'heureuse arrivée; l'innavigabilité empêchant qu'elle puisse avoir lieu, l'assuré peut donc faire son délaissement comme en tout autre cas de perte. Il n'en est pas de même relativement aux marchandises : c'est leur arrivée, et non celle du navire qui a été garantie; le navire ne figure ici que comme moyen de transport. C'est dans l'intérêt de l'assureur que ce moyen ne peut être changé, mais l'intérêt le plus puissant qu'il a d'éviter le délaissement, commande qu'on essaie une autre voie pour opérer le transport. Ainsi le capitaine véritable préposé des propriétaires du chargement assuré, et ceux-ci eux-mêmes, s'ils sont présents, sont obligés de s'occuper, aux frais et risques de l'assureur, des moyens de louer un autre navire pour transporter les marchandises à leur destination. Le délaissement ne peut donc avoir lieu sur-le-champ, et par le seul fait de l'innavigabilité; il faut laisser écouler un délai dont la durée varie suivant les lieux, pendant lequel le capitaine doit chercher les moyens de trans-

[1] Rejet, 3 août 1821, *paraît contraire*. Dalloz, t. 3, p. 42. Sirey, 22, 1e, p. 221.

[2] Rejet, 3 nivose an XIII. Dalloz, t. 3, p. 32. Sirey, 7, 2e, p. 789.

porter la marchandise à sa destination; mais s'il n'en trouve point, il y a lieu au délaissement, quand même la marchandise ne serait pas avariée [1].

842. L'innavigabilité doit avoir été prononcée, comme nous l'avons dit n° 606. Le navire qui reviendrait au lieu du départ dans la crainte d'être innavigable, ne pourrait être considéré comme tel, et cette rupture de voyage terminerait les risques. Le magistrat doit, dans ce cas, se diriger non-seulement par le fait matériel, mais encore par les circonstances. Ainsi, ce serait un cas d'innavigabilité si, pour réparer le navire, il fallait presque employer autant de temps, et faire des dépenses aussi considérables que pour en construire un nouveau; ou si le capitaine ne trouvait dans le lieu, ni à emprunter, ni d'autres moyens de crédit, pour réparer son navire, quoique réparable en lui-même, cette position serait une force majeure qui, l'ayant réduit sans ressources, produirait une véritable innavigabilité. Mais aussi, dès qu'un jugement a prononcé l'innavigabilité, elle est présumée tant que ce jugement n'est pas infirmé; encore bien qu'on parvienne à prouver que le navire délaissé a pu être réparé, et même qu'il a navigué depuis, au moyen des réparations qu'y a faites celui à qui il a été vendu.

Ce principe, que l'innavigabilité doit être prononcée, doit être entendu sainement. Il pourrait très-bien se faire qu'elle eût lieu sans possibilité de la faire vérifier et prononcer : tel serait le cas où le mauvais état du navire en pleine mer, exposant la vie de l'équipage, le capitaine et ses gens seraient recueillis par un navire officieux qui n'aurait aucun moyen de sauver le corps du navire. Dans ce cas, les juges, d'après le rapport du capitaine, pourraient reconnaître qu'il n'a pu agir autrement, et admettre la demande de l'assuré en délaissement, sans exiger la preuve que le navire a été englouti ou brisé par les flots, ni sans le réduire à agir comme pour défaut de nouvelles. On en a vu un autre exemple n° 840.

Dist. 4. *Du Délaissement pour arrêt de puissance.*

843. L'arrêt de puissance ou embargo, que nous avons défini n° 640, ne donne lieu au délaissement que s'il arrive après que le voyage est commencé. On suivrait, pour connaître cette époque, les règles données n°s 775 et suiv. Ainsi, l'arrêt d'un navire avant son départ n'est pas une cause de délaissement, à moins qu'une convention n'eût fait commencer les risques plus tôt; mais l'arrêt des marchandises chargées, quoique le navire ne soit pas parti, est une cause de délaissement.

Cet arrêt peut provenir du gouvernement dont l'assuré est sujet, ou d'un gouvernement étranger. Il peut avoir diverses causes. Les unes ont pour objet d'enlever la propriété à celui à qui appartiennent les choses assurées; les autres, de rendre simplement incertaine cette restitution. Dans le premier cas, il faut distinguer si l'assuré, à qui on enlève sa propriété, en reçoit un prix quelconque, ou si elle lui est ravie sans aucune idemnité. Ce n'est que dans le dernier cas qu'il peut y avoir lieu au délaissement; car, dans l'autre, l'assuré qui reçoit un prix de sa chose n'a pas droit de délaisser à l'assureur; seulement, si ce prix n'égale pas la valeur primitive de l'achat, augmenté du fret et des autres dépenses accessoires, de la prime d'assurance, des intérêts, etc., il peut en demander le complément par action d'avarie, comme on l'a vu n° 838, ou en faire le délaissement pour perte des trois quarts, suivant ce qui sera dit n° 845.

Lorsque l'assuré est privé de sa propriété sans indemnité, la cause doit en être considérée. Si c'est une confiscation prononcée par le gouvernement dont il est sujet, pour contravention aux lois, il n'y a pas lieu à délaissement, puisque ce risque n'a pu être licitement une matière d'assurance. Si elle est prononcée par un gouvernement étranger, il y a lieu à délaissement, à moins que l'assureur ne prouve que la possibilité de cette confiscation ne lui a point été connue, ou qu'une faute de l'assuré en a été la cause. Ainsi, lorsqu'un navire destiné à un commerce interlope chez une nation étrangère y est confisqué, il y a lieu au délaissement, selon que l'assureur serait, ou non, présumé avoir connu ou ignoré la destination qui l'exposait à cette espèce de danger.

L'assuré, comme dans le cas de prise, est tenu de prendre toutes les mesures convenables pour obtenir main-levée pendant la

[1] Rejet, 22 juin 1826. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 42.

temps qu'il doit laisser écouler, ainsi que nous le verrons n° 848, sans pouvoir signifier son délaissement. S'il l'obtient pendant cet intervalle, les pertes que l'arrêt fait éprouver ne donnent plus lieu qu'à l'action d'avarie.

Dist. 5. *Du Délaissement pour défaut de nouvelles.*

844. Si, après un an expiré, à compter du jour du départ du navire ou du jour auquel se rapportent les dernières nouvelles reçues, pour les voyages ordinaires, et après deux ans pour les voyages de long cours, dont nous avons indiqué les caractères distinctifs n° 600, l'assuré déclare n'avoir reçu aucunes nouvelles de son navire, il peut faire le délaissement à l'assureur, et demander le paiement de la somme assurée.

La perte d'un navire est un événement qu'on ne peut pas toujours connaître avec certitude. Il a donc fallu, dans cette matière, comme dans celle des absents, se contenter d'une présomption; autrement l'assuré serait hors d'état de profiter de la garantie dont il aurait cependant payé le prix, et l'utilité de l'assurance serait extrêmement restreinte. Il est donc dispensé de rapporter des attestations de la perte, toutes les fois qu'il a en sa faveur la présomption légale. Le laps d'un an ou de deux ans, selon la distance du lieu pour lequel l'expédition a été faite, donne naissance à cette présomption. Il se compte du jour du départ du navire, lorsqu'on n'en a eu aucunes nouvelles depuis ce moment; et si l'on en a reçu, du jour des dernières.

Il faut non-seulement que l'assuré n'ait aucunes nouvelles de son navire, mais encore que personne n'en ait eu; si les assureurs en ont reçu, qui, sans avoir une parfaite authenticité, soient au moins très-vraisemblables, l'assuré n'est pas fondé dans sa demande. Au reste, c'est ici une matière arbitraire, ou des principes absolus seraient impraticables et dangereux à indiquer : le juge doit donc se déterminer suivant les circonstances. Cette présomption a lieu sans qu'on distingue si l'assurance était, ou non, pour un temps limité. Seulement, dans ce dernier cas, l'assureur peut prouver que la perte est arrivée après le temps des risques; car c'est son exception contre la présomption qui veut que, dans le doute, le navire soit censé péri du jour qu'il est parti, ou de celui des dernières nouvelles qu'on en a eues; de même qu'un absent est réputé mort du jour de sa disparition.

Cette analogie de la position d'un navire avec celle d'un individu dont on n'a pas de nouvelles peut servir à résoudre la question suivante. Pierre a fait assurer son navire pour trois mois, à compter du jour du départ : n'en ayant, après ce terme, aucunes nouvelles, il fait faire de secondes assurances; un an ou deux s'écoulent, il fait délaissement : la perte retombera-t-elle sur les premiers assureurs, ou sur les seconds? Par suite de ce que nous venons de dire, il faut décider qu'elle retombera sur les premiers, et que les secondes assurances donneront lieu au ristourne. S'il existait une preuve que le navire a péri pendant la durée des risques dont les premiers assureurs étaient chargés, les secondes assurances seraient nulles. Or, précisément, la présomption légale a cet effet; de même qu'on attribue la succession de l'absent aux héritiers habiles à se dire tels au moment de la disparition ou des dernières nouvelles, et non à ceux qui l'auraient été s'il eût vécu lorsqu'on a prononcé l'envoi. C'est aux premiers assureurs à prouver que le sinistre est arrivé quand les risques à leur charge étaient finis.

En appliquant ces mêmes principes au cas de réception de nouvelles, on pourrait décider que la perte retomberait sur l'assureur, dont la durée des risques n'était point encore terminée à l'instant où les dernières nouvelles sont parvenues.

Dist. 6. *Du Délaissement pour perte ou détérioration des trois quarts.*

845. Les choses assurées peuvent éprouver une perte telle qu'il n'en reste presque rien; elles peuvent continuer d'exister, mais dans un état de détérioration qui ne permette presque plus d'en tirer profit. Ces cas sont assimilés à la perte absolue, et donnent lieu au délaissement si la perte est totale ou d'une quantité égale aux trois quarts, ou si la détérioration leur enlève les trois quarts de leur valeur. Ces deux genres de sinistres ne doivent pas être confondus : la perte concerne la quantité; la détérioration, la qualité.

Ainsi, il y a perte du navire quand, par baraterie, si les assureurs en répondent, le

capitaine a vendu le navire sans en avoir fait préalablement juger l'innavigabilité. Il y a perte des marchandises, lorsqu'elles sont prises, jetées, qu'elles périssent par le feu, etc., ou lorsque le capitaine, même avec autorisation, les a vendues dans les cas prévus n° 644 : elles sont perdues pour l'assuré, et le droit de s'en faire payer ne les représente pas sauf la subrogation de l'assureur à ce droit, ainsi que nous le verrons ci-après. Il y a perte encore lorsqu'elles sont confisquées pour des causes qui, d'après ce que nous avons dit n° 772, sont à la charge de l'assureur. Dans tous ces cas, la perte des trois quarts est réputée perte totale pour autoriser le délaissement.

C'est par le nombre, le poids, la mesure, et avec la modification que nous venons d'indiquer, qu'il faut déterminer la quantité perdue; quelquefois aussi, c'est par comparaison du prix qu'elles ont coûté, augmenté du fret, des autres dépenses accessoires et de la prime d'assurance, avec le prix que l'assuré en a obtenu par l'effet d'un arrêt du prince, comme on l'a vu n° 843.

La détérioration est le changement d'une qualité bonne en une mauvaise, qui peut ne diminuer rien à la quantité. Pour la connaître et en constater le montant, il faut déduire les détériorations dont les assureurs ne répondent point d'après les principes que nous avons établis plus haut; ensuite il faut évaluer les marchandises, en quelque lieu qu'on les suppose, comme si elles n'avaient éprouvé aucune détérioriation par fortune de mer, et déterminer la valeur de ces mêmes marchandises dans ce lieu, en l'état où elles ont été réduites par les événements sur lesquels l'assuré fonde sa demande en délaissement: la différence constitue la perte; et, selon qu'elle est, ou non, des trois quarts, le délaissement est, ou n'est pas admis.

Les experts, chargés de cette opération, doivent donc raisonner abstractivement, sans examiner d'où vient la chose assurée, ni combien il en a pu coûter de fret ou autres dépenses qui ne sont pas au compte des assureurs, pour l'amener du lieu d'où elle a été expédiée, à celui où se fait l'estimation. Ils doivent faire une véritable opération algébrique, dont l'objet est de déterminer des rapports de choses les unes avec les autres, en elles-mêmes.

Supposons qu'une cargaison de blé ait été achetée à Odessa 100,000 fr.; que, pendant la traversée jusqu'à Marseille, ce blé ait été détérioré par des accidents maritimes, de manière que, vendu par ordonnance de justice et publiquement, il ne produise que 70,000 fr., sur lequel prix, déduisant pour fret, déchargement, frais de vente, 50,000 fr., il ne reste net que 20,000 fr. : il ne faudrait pas, en comparant 20 à 100, tirer la conséquence qu'il y ait perte des trois quarts, et par conséquent lieu au délaissement. Si l'on opérait ainsi, on dénaturerait le contrat d'assurance, puisqu'on ferait porter les obligations de l'assureur sur des objets transportés, et non sur des objets à transporter; puisqu'on prendrait pour base d'évaluation un prix de vente au lieu d'arrivée, qui peut varier suivant le degré de rareté et l'exhaussement de valeur des choses assurées, tandis qu'il est de l'essence du contrat d'assurance que la fixation et l'évaluation des pertes dont l'assureur est tenu, ne portent que sur la chose considérée en elle-même, au lieu du départ, et que les bénéfices ou les pertes d'une expédition, ni les résultats plus ou moins heureux qu'une spéculation peut offrir, ne soient jamais considérés. Les experts doivent donc établir pour première base la valeur du blé au lieu et au temps du chargement, et, par exemple, la fixer à 10 fr. l'hectolitre. Ils doivent ensuite considérer le blé avarié qui leur est présenté, et déclarer quel prix du blé en cet état vaudrait, dans le même lieu et le même temps, comparativement à celui non avarié qu'ils ont fixé à 10 fr. Lorsque le résultat de cette comparaison prouve que la cargaison est réduite à moins du quart de ce qu'elle vaudrait si le blé était arrivé aussi sain qu'il est parti, c'est le cas de délaissement; sinon il n'y a lieu qu'à l'action d'avarie, sauf les clauses qui l'auraient exclue ou en auraient modifié l'exercice.

Il n'est pas moins utile de faire observer que la perte ou la détérioration ne doit s'entendre que de celle qui est arrivée corporellement, et par des accidents maritimes, à l'objet, et non des dépenses que l'assuré a pu faire, qui n'empêchent pas la chose de subsister en entier, quoiqu'elles aient augmenté le prix auquel cette chose lui revient. Ainsi, un chargement de 20,000 fr. a été assuré; par l'effet d'un pillage, d'un naufrage, ou de tout autre accident, une portion a été perdue, de manière qu'il n'en reste que pour moins de 5,000 fr., ou les choses sont

détériorées de manière à ne valoir que moins de 5,000 fr. : il y a lieu au délaissement. Mais si leur quantité n'ayant point ou n'ayant que peu diminué, une contribution aux avaries les grève d'une somme de plus de 15,000 fr., il n'y aura pas lieu au délaissement; l'assuré devra les garder, sauf à exiger de l'assureur, par action d'avarie, s'il n'y a pas renoncé dans la police, le remboursement de cette contribution.

Il importe de faire remarquer, relativement à cette perte ou détérioration des trois quarts, lorsqu'elle est relative à des marchandises assurées, que celui qui veut agir contre l'assureur, doit avoir soin de faire une protestation dans les vingt-quatre heures de la remise qui lui en est faite par le capitaine. Sans cette précaution, il serait impossible de reconnaître si la perte ou la détérioration a eu réellement lieu au cours de la navigation, ou si elle n'est pas survenue dans les magasins de l'assuré ou de son commissionnaire. D'ailleurs, ce défaut de protestation et la réception des marchandises ne laissant plus d'action contre le capitaine, les assureurs seraient privés du recours qu'ils ont évidemment contre lui du chef de l'assuré, lorsque la perte ou le dommage proviennent de quelque faute [1].

ART. II. *Des Formes et Délais du délaissement.*

846. L'assuré doit signifier à l'assureur tous les avis qu'il peut recevoir, de quelque part qu'ils parviennent, relatifs aux choses assurées, même quand il douterait de leur certitude.

Ces avis doivent être signifiés dans les trois jours de la réception, qui comptent non-seulement de celui où la nouvelle est devenue publique et notoire dans le lieu où l'assurance a été faite, mais encore du moment que la connaissance particulière en est venue à l'assuré [2]. Son silence ou son retard l'exposerait à des dommages et intérêts. Mais il faut qu'il ait dû regarder l'événement comme bien certain et bien positif; car, s'il était probable qu'il lui restât quelque doute, il serait excusé par cette même incertitude. En un mot, toutes les fois qu'il n'a pas eu les nouvelles par des avis directs du capitaine ou par des pièces dignes de confiance, ou qu'il n'a pas fait lui-même des actes qui annoncent qu'il les a considérés comme certaines, il est facilement excusé. Dans le doute, le serment peut lui être déféré par l'assureur ou par le juge. Du reste, ce délai de trois jours est susceptible, comme tous autres délais dans lesquels on doit faire des significations, de la prorogation accordée par le droit commun, en raison de la distance du lieu d'où il faut faire la signification, à celui où elle doit être faite.

Mais il n'est pas nécessaire que l'assuré annonce son choix entre le délaissement et l'action en avarie, qu'il est maître d'exercer par préférence, comme on l'a vu n° 837, chaque fois que la nature des accidents lui donne le droit de délaisser. Il suffit qu'il en fasse la réserve, et qu'il remplisse, dans les délais propres à l'une ou à l'autre de ces actions, les formalités requises pour conserver son droit. Nous avons dit, n° 642, qu'il était tenu de veiller à la conservation des objets assurés en cas de naufrage et autre accident semblable, ou à la main-levée en cas de prise, arrêt de prince, etc.; qu'il était en quelque sorte mandataire des assureurs sous ce rapport : ce qu'il fait dans cette vue de conservation n'établit donc aucune fin de non-recevoir contre lui.

847. Dans quelques places maritimes, l'assuré se présente à la chambre de commerce, et déclare que d'après *tels* ou *tels* renseignements qui lui sont parvenus, il a appris que le navire sur lequel il avait fait faire des assurances a été pris, a fait naufrage, ou a éprouvé *tel* autre sinistre majeur, en *tel* lieu et *telles* circonstances, etc.; on en dresse acte sur le registre à ce destiné, qu'il signe. Cet usage, quelque constant qu'il fût, ne pourrait dispenser de la signification, qui doit être faite, comme celle du protêt, par un notaire ou un huissier, qu'autant que la police donnerait cette faculté à l'assuré. Mais on sent qu'une communication amiable suffirait, comme dans les cas prévus n° 433.

L'assuré doit, en outre, déclarer les assurances qu'il a faites ou fait faire, même celles qu'il a ordonnées, quoiqu'il ignore si elles ont été effectuées, et l'argent qu'il a pris à la grosse sur l'objet ou les objets dont il fait le délaissement. Le but de cette disposition est de mettre l'assureur à même de vérifier

[1] Rejet, 12 janv. 1825. J. du 19e s., 1825, 1e, p. 73.

[2] Cass., 6 janv. 1813. Dalloz, t. 3, p. 46.

si les assurances n'ont point excédé la valeur de ce qui restait libre des choses déjà affectées à des emprunts, et de demander le ristourne. Ainsi, un chargeur a fait assurer 20,000 fr. sur 30,000 de marchandises, et cette assurance embrasse le total de son chargement. Mais comme la valeur excède la somme assurée, il lui a été libre, avant le départ du navire, de prendre à la grosse, sur les mêmes effets, jusqu'à concurrence de 10,000 fr.; seulement il doit le déclarer en faisant son délaissement.

Une signification de délaissement qui ne contiendrait pas cette déclaration, ou celle qu'il n'y a eu ni autres assurances ni prêts à la grosse sur les objets délaissés, ne serait pas nulle [1]; mais le délai dans lequel nous allons voir que l'assureur doit payer le montant de l'assurance courrait seulement du jour que cette omission aurait été réparée.

L'assuré est privé de l'effet de la convention, si, par fraude, il a dissimulé quelques assurances ou quelques prêts à la grosse, antérieurs à la police qui donne lieu à ce délaissement. Mais s'il n'y a point de fraude, cette peine n'est point encourue; il n'y a lieu qu'au ristourne [2]. En effet, dès qu'il ne résulte aucun dommage de cette omission, peu importe aux assureurs qu'on leur ait déclaré ou non des faits qui leur sont absolument étrangers. Au surplus, c'est à l'assuré qui aurait fait quelques omissions dans cette déclaration, de justifier qu'il les a faites sans mauvaise foi; qu'il a réellement ignoré les choses non déclarées, ou que le défaut de déclaration ne porte aucun préjudice à l'assureur : la présomption est contre lui, dès qu'il n'a pas fait ce à quoi il était obligé.

848. Nous avons vu, n[os] 829 et suivants, comment le sinistre devait être justifié. Si, pour attaquer l'assureur, il fallait attendre l'arrivée des pièces nécessaires, l'assuré serait exposé à voir s'écouler les délais, sans qu'il lui fût possible d'exercer d'action; aussi n'y a-t-il pas de terme fatal pour former la demande en paiement [3]. Mais l'assureur ne peut être poursuivi qu'après la signification; et si, à l'instant qu'elle est faite, il offre de payer la perte, les frais doivent retomber sur l'assuré, et les intérêts ne courent pas.

Les délais dans lesquels le délaissement doit être fait varient, quoiqu'ils ne courent en général, que du moment où l'assuré a reçu la nouvelle, parce que, pouvant avoir plus d'intérêt à exercer l'action en avarie qu'à délaisser, il est juste qu'il ait le temps nécessaire pour prendre un parti en connaissance de cause. Du reste, ces délais sont de rigueur [4].

En cas de naufrage, d'échouement avec bris, de perte ou détérioration des trois quarts des choses assurées, s'il n'a pas été fait par l'acte même qui contient la signification de l'avis, lorsque l'assuré, par suite de la réserve dont nous avons parlé n° 846, opte pour le délaissement, il doit le faire dans les six mois à partir du jour qu'il a été instruit, ou a pu l'être, par la notoriété, de la perte arrivée aux ports ou côtes de l'Europe, ou sur celles d'Asie et d'Afrique, dans la Méditerranée. L'arrivée de la nouvelle à l'armateur ne serait pas une preuve que les chargeurs particuliers assurés auraient connu l'événement [5]. Ce délai est d'un an si la perte est arrivée aux colonies des Indes occidentales, aux îles Açores, Canaries, Madère et autres îles et côtes occidentales d'Afrique et orientales d'Amérique; il est de deux ans, si c'est dans toutes les autres parties du monde.

Ces différents calculs ayant été faits d'après un point de départ pris du territoire continental de la France, il a été nécessaire de les modifier dans les actes du gouvernement qui ont appliqué les lois françaises aux colonies. C'est aux réglements locaux qu'il faut se reporter à cet égard.

En cas de prise, les délais sont les mêmes à compter du jour que la nouvelle de la conduite du navire, dans les ports ou les lieux situés aux côtes qui viennent d'être désignées, est parvenue à l'assuré. Ainsi, le lieu où la prise a été faite est indifférent pour le calcul de ces délais; on ne considère que celui où la prise a été conduite par le capteur.

En cas d'innavigabilité, si c'est le navire qui a été assuré, le délaissement doit être fait aussi dans les mêmes délais, calculés à raison de la distance des lieux où elle a été

1 Rejet, 27 oct. 1807.

2 Rejet, 2 août 1808. Dalloz, t. 3, p. 82. Sirey, 7, 2e, p. 789.

3 Cass., 26 mars 1823. Dalloz, t. 3, p. 50.

4 Cass., 4 oct. 1793. — Cass., 24 prairial an 11. — Rejet, 12 janv. 1825. J. du 19e s., 1825, 1e, p. 73.

5 Cass., 6 janv. 1813. Dalloz, t. 3, p. 46.

déclarée. S'il s'agit des marchandises, l'assuré ne peut faire son délaissement que six mois après la notification des pièces qui servent à justifier l'innavigabilité, lorsque l'événement est arrivé dans les mers d'Europe, dans la Méditerranée, ou dans la Baltique; et un an après, quand il est arrivé dans les autres mers. Néanmoins, si les marchandises sont périssables, ces délais sont réduits au quart. Ce même délai sert au capitaine, aux assurés, pour se procurer un autre navire.

En cas d'arrêt de prince, le délaissement ne peut être fait que six mois ou un an, comme il vient d'être dit, à compter de la signification de l'arrêt. Pendant ce temps, l'assuré est tenu de faire les diligences qui dépendent de lui, aux frais et risques de l'assureur, pour obtenir main-levée; le tout indépendamment de la faculté qu'a ce dernier de faire lui-même ces diligences.

Il peut arriver, lorsque l'arrêt d'un navire a été fait en pleine mer par les vaisseaux de guerre d'une puissance, que l'événement seul apprenne à l'assuré qu'il n'obtiendra pas main-levée de cet arrêt, et qu'en résultat sa propriété est capturée. Cet assuré peut alors éprouver quelque incertitude, parce que le temps pour faire le délaissement en cas d'arrêt est moins long que celui accordé en cas de prise. Les circonstances serviront à lever l'incertitude. Le plus sûr, pour l'assuré, serait de faire sa signification dans les délais qu'on doit observer en cas d'arrêt, et de le renouveler après les délais et l'observation des conditions que nous venons d'expliquer.

En cas de délaissement pour défaut de nouvelles, c'est le dernier jour du laps de temps indiqué n° 844 qui fixe le commencement du délai pendant lequel la signification doit être faite. Par exemple, un navire a été expédié de Bordeaux pour Madère le 1er avril 1822 : la présomption de perte ayant lieu, par le défaut de nouvelles pendant deux ans, c'est le 1er avril 1824 que cette perte a été réputée connue; c'est aussi de ce jour-là que compte le délai pour en faire le délaissement; et comme Bordeaux est situé sur les mers d'Europe, la signification doit être faite dans les six mois à compter du 1er avril.

La demande en paiement de la somme ou de la valeur assurée doit être faite dans les mêmes délais; la signification seule n'y suppléerait point. Il en est de ce cas comme de celui dont nous avons parlé n° 431.

Mais comme l'assureur peut avoir obtenu un terme par la convention; comme, à défaut de stipulation, il a, de plein droit, celui de trois mois, ainsi que nous le dirons n° 863, la demande doit seulement avoir pour objet de faire tenir le délaissement pour accepté, et de faire condamner l'assureur à payer aux termes convenus [1]. Au surplus, l'acceptation du délaissement et toute autre interpellation légale empêcherait la prescription.

On a vu, nos 767 et 802, que celui qui avait assuré la chose d'autrui pouvait la faire réassurer, et que, dans ce cas, conservant la qualité d'assureur à l'égard de celui envers qui il s'est engagé primitivement, il devenait assuré à l'égard du réassureur. De là naît, pour l'application des principes ci-dessus, une difficulté assez sérieuse relativement aux délais dans lesquels il doit agir. On ne peut se dissimuler que tant que le premier assuré n'a pas fait lui-même son délaissement, le réassuré ne peut le faire : car il n'a pas droit de délaisser ce qui ne lui appartient pas, et d'un autre côté il ne peut délaisser conditionnellement, pour le cas où son assuré lui délaisserait.

Cependant, si celui-ci ne lui signifie son délaissement que le dernier jour du délai, et que, comme il arrive presque toujours, il demeure loin du réassureur, il sera dans l'impossibilité de notifier son délaissement à ce dernier. Il semble qu'alors un nouveau terme doit lui être accordée pour délaisser à son tour; car, comment le punir de n'avoir pas agi quand il n'en avait pas le droit, et déclarer prescrite une action qui vient de s'ouvrir. Dans ce cas, qui n'a pas été prévu par la législation, il serait naturel de se décider par les principes du droit commun, qui ne permettent pas que la prescription coure à l'égard d'une créance qui dépend d'une condition, jusqu'à ce que la condition arrive; car, dans la réalité, le réassureur n'est qu'un obligé conditionnel; il promet de payer une perte à l'assureur primitif, si celui-ci est tenu de payer. Le réassuré doit donc avoir un délai pour agir. Nous ne croyons pas qu'il puisse invoquer celui dont l'assuré primitif a joui à son égard. Les raisons qui servent à le fixer ne recevraient pas une application raisonnable dans ce cas; l'as-

[1] Rejet, 10 pluviôse an XII.

sureur à qui on délaisse n'a pas besoin, pour exercer son action en garantie contre le réassureur, d'un temps plus long, si le naufrage est arrivé sur des côtes éloignées, que s'il était arrivé dans le lieu qu'il habite. Mais on pourrait, par analogie des règles sur l'exercice des recours en matière des lettres de change, décider que celui qui a fait réassurer a, pour agir contre le réassureur, le délai calculé comme si l'événement était arrivé dans le lieu où il demeure; et ce délai commencerait à courir du jour qu'il a reçu la notification qui a dû lui être faite par l'assuré primitif[1].

Art. III. *Des Effets du délaissement.*

849. L'effet du délaissement est de transférer à l'assureur, et malgré lui, la propriété des choses qui lui sont délaissées, et de l'obliger au paiement de ce qu'il a promis à l'assuré, suivant les règles que nous donnerons dans la section suivante.

Nous parlerons dans le chapitre suivant, des exceptions qu'il peut opposer; nous nous bornerons à expliquer ici les effets du délaissement, qui doit être intégral, pur et simple, irrévocable, et qui subroge l'assureur dans les droits de l'assuré, relativement aux choses délaissées.

Dist. 1. *Le Délaissement ne doit pas être partiel.*

850. Le contrat d'assurance est indivisible. L'assureur n'a pas assuré par parties, mais indistinctement, les choses ou la portion de choses qu'il a prises à ses risques; ainsi il faut lui en faire le délaissement en entier, ou se borner à lui demander simplement la réparation des avaries éprouvées. Par exemple, Pierre se fait indéfiniment assurer 10,000 fr. sur facultés, ou sur *telles* et *telles* marchandises chargées dans un navire, sans rien distinguer; il ne peut délaisser *telle* espèce de marchandises, et retenir *telle* autre.

Mais il faut que les objets aient été compris dans la même assurance. S'il en avait été fait de distinctes, quoique entre les mêmes assureurs et les mêmes assurés, il y aurait divers contrats qui n'auraient rien de commun; l'assuré pourrait retenir les objets garantis par l'un, et délaisser ceux qui forment la matière de l'autre; peu importerait qu'il y eût identité d'objets, d'assurés, d'assureurs et de primes. Par exemple, si, par une police, Pierre fait assurer des sucres, et par une autre, des indigos; ou si, par la même police, il fait assurer, distinctement et séparément, *telle* somme sur ses sucres, et *telle* autre somme sur ses indigos, il pourra retenir l'un de ces objets et délaisser l'autre, parce que ce sont deux assurances distinctes l'une de l'autre.

Mais on peut être incertain sur les signes auxquels on reconnaîtra s'il y a plusieurs assurances. Lorsqu'il n'existe qu'une seule police, il faut distinguer si tous les objets qui y sont compris ont été assurés moyennant une somme unique, ou si chaque nature d'objets a été assurée pour une somme distincte. Dans le premier cas, il n'y a qu'une assurance; dans le second il en existe plusieurs.

Quand il y a des polices distinctes, on en conclut ordinairement la multiplicité des assurances. Mais comme dans tous les contrats, l'intention des parties doit toujours être la première des règles d'interprétation, s'il paraissait, par les termes des actes ou par les circonstances, que l'une des polices n'est que la suite ou le complément de l'autre, elles ne formeraient ensemble qu'une seule assurance indivisible.

Cette règle s'applique également au cas où l'assurance a été faite par la même police, sur corps et facultés. Si les sommes assurées sur chacun de ces objets sont distinctes, on peut délaisser le corps et conserver le chargement; si, au contraire, l'on a fait assurer le tout pour une somme unique, et que le navire fasse naufrage, on ne peut retenir, en tout ou en partie, les marchandises sauvées, et délaisser le corps naufragé.

851. Il est bien entendu, au reste, que ce n'est pas délaisser une partie et retenir l'autre, que de faire le délaissement à des assureurs, chacun jusqu'à la concurrence seulement du risque par eux pris, et même s'il y a un découvert, c'est-à-dire une portion qui n'ait pas été assurée, de la conserver; car l'assuré est assureur envers lui-même pour tout son découvert.

De même, si ce n'est point le chargement entier, ni un objet particulier du chargement qui ait été assuré, mais une quotité, par exemple, le tiers, le quart, le délaisse-

[1] Rejet, 1er juin 1824, *paraît contraire*. Dalloz, t. 3, p. 47.

ment sera fait aux assureurs des portions indivises qu'ils ont assurées, c'est-à-dire, du tiers, du quart, etc.; et l'assuré entrera en répartition avec eux sur la valeur des objets sauvés, pour son découvert, chacun en proportion de son intérêt, et au marc le franc, ainsi que nous l'avons dit n° 790.

On a vu, n° 779, que dans le cas où l'assuré a droit de faire échelle, s'il décharge partie des marchandises assurées en route, le risque se réduit à celles qui sont à bord. Il s'ensuit qu'en cas de perte, il n'est pas obligé de faire le délaissement des marchandises déchargées à terre dans le cours du voyage. On distingue alors deux cas. Si les marchandises, qui, lors du sinistre, étaient dans le navire, sont d'une valeur égale aux sommes assurées, l'assureur n'a point à se plaindre, et doit remplir son engagement entier, moyennant l'abandon qui lui est fait de ce qui est sauvé du sinistre; peu importe qu'on eût auparavant chargé plus ou moins de marchandises. Si la valeur des effets qui, lors du sinistre, se trouvent dans le navire, n'égale pas la somme assurée, l'obligation de l'assureur ne subsiste que jusqu'à concurrence de leur estimation, l'abandon ne comprendra que les marchandises qui, au moment du sinistre, étaient dans le navire, et l'assureur ne sera tenu que jusqu'à concurrence de cette valeur.

Quelques exemples vont rendre sensible l'application de ces principes.

Un chargement de la valeur de 30,000 fr. a été assuré, au départ, pour cette somme, avec clause de faire échelle. Un tiers des marchandises a été déchargé en route; il y a sinistre majeur pour le surplus. Dès l'instant du déchargement intermédiaire, les risques de l'assureur n'ont plus porté sur le tiers sorti du navire. L'assuré ne peut donc réclamer que les deux tiers de la somme assurée, c'est-à-dire, 20,000 fr.; mais aussi il ne doit délaisser que les marchandises qui étaient restées sur le navire.

Nous ne pensons pas qu'il y ait plus de doute dans l'hypothèse suivante. Pierre a expédié de France pour l'Espagne, et de là pour la Martinique, un chargement qu'il a fait assurer en entier au départ, à prime liée pour l'aller et le retour, sur estimation de 25,000 fr. Le navire arrive en Espagne, y vend son chargement, et repart pour la Martinique, après avoir, avec le produit de ce chargement, qui ne valait que 25,000 fr. au départ, acheté des marchandises pour une valeur de 50,000 fr. Par suite d'un naufrage arrivé dans ce trajet, la moitié de la cargaison périt. Il ne sera pas obligé de délaisser tout ce qui est sauvé, comme reste d'un chargement qui, dans son entier, représentait la valeur assurée. Le chargement assuré, qui valait 25,000 fr. au départ, ayant été vendu réellement ou par échange en Espagne, pour une somme de 50,000 fr., les 25,000 fr. de bénéfice sont un profit acquis, qui appartenait à l'assuré, un découvert dont il pouvait même faire l'objet d'une assurance, dont il a pu, par conséquent, devenir son propre assureur. Il n'y aura donc lieu qu'au délaissement partiel, et répartition entre l'assureur et l'assuré, en raison de leur intérêt respectif.

Il en serait autrement si la moitié des marchandises achetées en Espagne, au lieu d'avoir péri, avait été déchargée en route; la totalité de ce qui resterait dans le navire devrait être délaissée à l'assureur.

852. Le délaissement du navire comprend, comme nous l'avons dit n° 816, le fret de choses sauvées. Si ce fret avait été payé d'avance, comme nous l'avons prévu n° 716, l'assuré en doit le rapport, quoiqu'il eût stipulé, avec les chargeurs, la clause de non restitution en cas de sinistre. Cette convention, entre les chargeurs et lui, est étrangère au contrat d'assurance. Mais, dans ce dernier cas, il est évident que le rapport a lieu seulement jusqu'à coucurrence de ce qui serait dû pour les marchandises sauvées; de sorte que, s'il n'y a rien de sauvé dans l'accident qui cause la perte du navire, il ne devrait aucun rapport, encore bien que, par l'effet de déchargemens successifs au cours du voyage, le navire eût gagné des frets, quelquefois pour des sommes assez considérables [1].

Il y a plus, si des marchandises dont le fret avait été payé d'avance avec la clause de non restitution, périssaient dans l'accident qui cause la perte du navire, l'armateur conserverait ce fret, puisque les chargeurs ne seraient pas fondés à le répéter; et il ne serait pas obligé d'en faire l'abandon à l'assureur, puisque ces objets, ayant péri, ne pourraient être considérés comme chose sauvée.

Mais si ces objets ont été sauvés, l'assuré

[1] Rejet, 14 déc. 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 277.

doit rapporter le fret à l'assureur. Ce dernier est exposé, dans ce cas, à éprouver une lésion, parce qu'un fret stipulé non restituable au chargeur, en cas de perte, est ordinairement fixé à un taux plus bas que lorsqu'il est restituable. Il semblerait juste, alors, d'accorder à l'assureur le droit d'exiger de l'assuré le fret des choses sauvées, d'après le cours du lieu où l'affrétement a eu lieu pour les objets de même nature et pour un semblable voyage, sans stipulation de non restitution.

Il ne paraît pas qu'on prohibe la convention que le fret ne fera point partie du délaissement, quoiqu'elle semble s'éloigner un peu de l'esprit du contrat d'assurance, en ce qu'elle tend à faire de ce contrat un moyen de bénéfices pour l'assuré. Mais la stipulation d'une prime plus forte compense ce que la chance de l'assureur a de moins favorable, et on peut dire qu'elle rétablit l'égalité du contrat.

Au surplus, le délaissement du fret est sans préjudice du droit des prêteurs à la grosse, et des gens de mer qui, pour leurs loyers, sont privilégiés, ainsi que des dépenses pendant le voyage, que l'assureur doit acquitter sur le montant de ce fret. Par la même raison, si dans les cas prévus ci-dessus, l'assuré ne délaisse pas le fret, il est tenu de payer les gens de mer sur ce fret, sans pouvoir exiger que l'assureur l'en rembourse, sous prétexte que le navire ou ses débris délaissés sont également affectés à leurs loyers. Si les gens de mer, par suite de la faculté qu'ils ont de se faire payer sur le navire et le fret, avaient reçu tout ou partie de ce qui leur était dû sur le prix des débris du navire délaissé, l'assureur subrogé à leurs droits, pourrait répéter ces sommes sur le fret; surtout si ces loyers étaient dus pour une partie de voyage antérieure à celle qu'il a assurée [1].

Dist. 2. *Le Délaissement doit être pur et simple.*

853. Le délaissement doit, comme nous l'avons dit n° 849, être pur, simple, et non conditionnel; autrement, il ne transférerait pas la propriété. L'assuré ne pourrait donc, en cas de prise, faire le délaissement de son navire, avec réserve que, s'il est relâché, il continuera de lui appartenir, même en s'obligeant de rendre avec intérêts, à l'assureur, la somme que celui-ci aurait comptée, ni l'obliger d'accepter un pareil délaissement.

Dist. 3. *Le Délaissement est irrévocable.*

854. Le délaissement est, pour l'assureur, un mode d'acquérir; le consentement respectif de l'assureur et de l'assuré peut donc seul en anéantir les effets, à moins qu'il n'y ait eu erreur sur quelqu'une des choses essentielles, par exemple, sur le fait de l'accident.

Ainsi, un navire ayant été pris, l'assuré en fait le délaissement; le capteur rend ensuite sa prise, ou elle est recouvrée par toute autre voie : l'assureur jouira du bénéfice de ce délaissement, sans que l'assuré puisse l'en priver, sous prétexte que l'état de prise du navire a cessé; et, par identité de raison, celui-ci est en droit d'exiger le paiement des sommes assurées, sans que l'assureur puisse s'en défendre sous le même prétexte. Il en est de même si le navire dont on a fait abandon pour cause d'arrêt de prince ou pour défaut de nouvelles, est relâché ou reparaît ensuite; et enfin du chargement sur un navire qui arriverait à bon port, même pendant l'instance relative au délaissement.

Mais, comme nous venons de l'observer, il y aurait erreur, et par conséquent le délaissement serait nul, si l'assuré, croyant que son navire avait éprouvé un des événements qui donnent ouverture au délaissement, le signifiait à son assureur dans cette fausse persuasion.

Il s'ensuit donc que, sauf ce cas d'erreur, l'assuré ne pourrait pas rétracter le délaissement, sous prétexte qu'il était conditionnel ou partiel, ou fait avant les délais. Ce que nous avons dit, n°s 849 et suiv., n'est qu'en faveur de l'assureur; il n'est pas permis à l'assuré de revenir contre son propre fait.

Toutefois, de ce qu'il serait arrivé aux choses assurées l'un des accidents qui donnent lieu au délaissement, il ne faut pas en conclure que l'assureur devienne, par ce fait, propriétaire de ces choses, à la charge de payer le prix d'assurance. L'assuré seul, comme on l'a vu n° 837, a le choix entre le délaissement et l'action d'avarie; le fait du sinistre qui peut donner lieu au délaissement ne suffit pas plus que la connaissance

[1] Rejet, 3 juin 1828. Sirey, 1829, 1e, p. 245.

qu'aurait eue l'assureur des intentions de l'assuré de délaisser; il faut que celui-ci ait notifié, ou du moins que, par écrit, l'assureur ait accepté la proposition du délaissement. Ainsi, sauf cette exception, l'assuré qui aurait eu l'intention de délaisser pourrait y renoncer tacitement, en ne faisant point la signification exigée.

Le délaissement signifié et accepté, ou jugé valable, la propriété des choses assurées est acquise à l'assureur, du jour de la signification. Le jugement, ou l'adhésion au délaissement qui en tient lieu a un effet rétroactif contre l'assureur qui est présumé avoir eu, dès le principe, la propriété des choses assurées.

Si plusieurs ont assuré le même objet, ils l'acquièrent en commun et proportionnellement, sans qu'on ait égard à l'antériorité ou à la postériorité des polices, qui n'est considérée qu'en cas de ristourne.

Dist. 4. *De la Subrogation de l'assureur aux droits de l'assuré.*

855. Le délaissement rend, comme on l'a vu nos 836 et 849, l'assureur propriétaire des choses assurées, de même que si elles lui avaient toujours appartenu. Si donc ces choses avaient, avant l'événement qui a donné lieu au délaissement, souffert quelque avarie dont il y aurait possibilité de se faire indemniser, soit par suite d'une contribution dans les cas prévus nos 742 et suiv., soit par action contre l'auteur ou le garant du dommage, l'assureur serait fondé à exercer tous droits d'action ou de réclamation qu'aurait eus l'assuré. Dans le cas où celui-ci aurait touché le montant total ou partiel de cette contribution ou de cette indemnité, il doit en faire compte à l'assureur. Si le capteur amenait les marchandises en France, et qu'il y eût lieu à la revendication autorisée par la déclaration du 22 septembre 1638, dont nous avons parlé n° 271, l'assureur pourrait l'exercer. Si la prise était jugée mal fondée, ou si le gouvernement du capteur, par suite de traités avec le gouvernement du capturé, accordait une indemnité, l'assureur de ce dernier aurait droit de la réclamer. Le plus souvent, il arrive que, même avant le jugement définitif, les objets capturés sont vendus; et c'est ce qui a lieu d'après la législation française, en vertu des art. 78 et suivants de l'acte du gouvernement du 22 mai 1803 (2 prairial an XI). L'assureur, en cas de main-levée, recouvre ce prix, indépendamment des indemnités que, par suite de cette main-levée ou des traités de paix, le capturé peut demander. Il est, à cet égard, subrogé à tous les droits de l'assuré; car, en acquérant la chose dont il paie le prix, il acquiert tous les accessoires.

On pourrait conclure de là que si l'assuré avait emprunté à la grosse sur les mêmes objets, sans toutefois que le prêt et l'assurance en excédassent la valeur, le prêteur devrait être payé avant l'assureur sur les choses délaissées, de même que nous verrons dans la suite qu'il a ce droit, par préférence à l'emprunteur qui aurait un découvert. Mais si l'on considère que l'assuré aurait pu emprunter jusqu'à concurrence de la valeur entière; que, dans ce cas, tous les prêteurs auraient concouru sur les choses échappées au sinistre, on sent qu'il y aurait une sorte d'injustice de refuser le même avantage à l'assureur. Si la rigueur des principes semblait être contre lui, l'analogie, et surtout l'intérêt d'encourager les assurances, bien plus utiles que les prêts à la grosse, réclamaient en sa faveur.

Ainsi, supposons un navire d'une valeur de 50,000 fr.; une ou plusieurs personnes ont assuré jusqu'à concurrence de 45,000 fr.; le capitaine, pour le mettre en état de partir et pour acheter des victuailles, a emprunté 5,000 fr. à la grosse : il y a sinistre; et les débris produisent 10,000 fr. Le prêteur à la grosse en recevra un dixième, c'est-à-dire, 1000 fr., parce que son capital prêté est en rapport avec le prix total du navire comme 1 est à 10, et qu'il ne peut prétendre des profits maritimes; l'assureur ou les assureurs recevront les neufs autres dixièmes.

Ce que nous venons de dire du navire s'appliquerait à un chargement.

Ce principe est néanmoins modifié par une autre règle. Nous verrons qu'en cas de concours de plusieurs prêteurs, ceux qui ont prêté dans la traversée sont préférés aux prêteurs avant le voyage commencé : on suivrait encore l'analogie, et le prêt fait pendant le voyage primerait, tant en capital que profits, les assureurs, parce qu'ayant été fait pour sauver la chose assurée, il serait censé fait aux assureurs eux-mêmes.

---

§ II.

De l'Action d'avarie.

856. Toute perte éprouvée, toute dépense faite par l'assuré à l'occasion des choses assurées par suite des événements dont l'assureur est tenu, lorsqu'elle n'est pas de nature à donner lieu au délaissement, est une avarie qui donne à l'assuré l'action de ce nom contre l'assureur. Ainsi, un navire est arrêté par ordre du souverain dont l'armateur est sujet, ou par ordre d'un souverain étranger; mais, à l'instant même de cet arrêt, ou avant que l'assuré ait fait son délaissement, le gouvernement relâche le navire; il n'y a plus alors matière à délaissement : néanmoins, si l'indemnité accordée est insuffisante, par exemple, si des marchandises ne sont pas payées un prix qui représente la valeur primitive, le fret, la prime, et autres déboursés de l'assuré, celui-ci peut réclamer de son assureur la différence en perte, par action d'avarie; à moins que cette perte excédant les trois quarts, ne donne lieu au délaissement, comme on l'a vu n° 845. Ainsi, lorsqu'un navire a été jugé innavigable, et que le capitaine en a loué un autre, moyennant un prix excédant le fret convenu, cet excédant, que paie le chargeur, les frais de déchargement, les pertes ou détériorations qui en résultent, sont une avarie à la charge de l'assureur. Il en est de même lorsque le navire échoue, mais sans bris, pour les dépenses qu'il a fallu faire pour le relever, et les dommages qui en sont résultés, tant au corps qu'au chargement. Si, pendant le cours de la navigation, les besoins du navire forcent à vendre les marchandises d'un chargeur, celui qui les a assurées doit en payer le prix à ce chargeur. Ce principe ne serait pas modifié par la circonstance que l'avarie donne lieu à la contribution dont nous avons parlé n°s 742 et suivants; la considération que le chargeur a une action contre l'armateur ou le capitaine, pour être indemnisé, est indifférente [1]; seulement, dans ces deux cas, l'assureur est subrogé aux droits de l'assuré pour agir contre l'armateur, comme on l'a vu n° 717, ou contre le capitaine et les cochargeurs dans le cas prévu n° 730; et si l'assuré a reçu quelque chose, il doit en faire déduction.

L'assureur et l'assuré peuvent, comme on l'a vu n° 774, faire telles conventions qu'ils jugent à propos, sur la manière dont les avaries seront supportées. Ils peuvent déclarer que l'assureur ne répondra que de *telle* espèce d'avarie, par exemple, des avaries grosses seulement. Ils peuvent changer la nomenclature que nous en avons donnée, comprendre sous ce nom *telle* avarie qui, par sa nature, ne serait pas susceptible d'être à la charge de l'assureur, ou en exclure *telle* autre qui, suivant le droit commun, devrait être supportée par lui.

Leurs conventions doivent être rigoureusement exécutées, parce qu'elles sont leur loi. Nous ne pouvons offrir de règles que pour les cas où les parties ne se sont point expliquées.

L'assurance n'a pour objet que de réparer des pertes résultant des cas fortuits et imprévus. C'est par suite de ce principe, qu'un assuré ne pourrait demander, par action d'avarie, que l'assureur l'indemnisât des pertes qu'il éprouve par suite du retard d'arrivée de ses marchandises, qu'un accident maritime aurait retenues en route, bien que cet événement ne lui permît plus de les vendre, ou ne le lui permît qu'avec perte. De même l'assureur n'est tenu, ni de la perte du fret, à moins qu'il n'ait été compris dans l'assurance, conformément à ce que nous avons dit n° 817, ni d'acquitter aucune espèce des droits imposés sur le navire et les marchandises, détaillés n° 712. Mais si une tempête avait occasionné une relâche dans un port où le navire ne devait pas entrer; si le capitaine, pour éviter les poursuites de l'ennemi, ou par toute autre force majeure dont l'assureur est tenu, avait été obligé d'aborder dans des lieux où des droits de cette nature ont été exigés, ils deviendraient avaries ainsi qu'on l'a vu n° 773. Il ne faudrait pas aussi étendre, au-delà des justes limites, la règle que l'assureur n'est pas tenu de réparer la perte du fret du navire assuré : cela ne s'entend que des non-valeurs pour quelque cause qu'elles puissent arriver, mais lorsque le fret, comme accessoire du navire, a été soumis pour moitié, et le navire pour moitié, à contribuer aux avaries, ce qui a été ainsi payé par le navire et son fret doit être remboursé par l'assureur du navire. Dans la règle, le navire seul aurait dû contribuer, et l'assureur devrait réparer cette perte; s'il n'a contribué que pour moitié, la contribution

[1] Rejet, 2 août 1823. J. du 19e s., 1828, 1e, p. 62.

de l'autre moitié est représentée par celle du fret; c'est le fret qui acquitte la dette du navire : l'assureur du navire doit donc en indemniser l'assuré.

L'assurance dont nous nous occupons dans ce titre, étant uniquement relative aux dangers résultant de la navigation, on ne peut mettre, sous le nom d'avaries au compte de l'assureur, les détériorations de quelque espèce qu'elles soient, même les frais résultant d'un arrêt de prince avant le voyage commencé. Quant aux marchandises, les avaries qu'un tel événement produirait ne seraient au compte de l'assureur que s'il était arrivé depuis leur chargement dans des gabarres; si, après l'accident qui leur a occasionné des avaries maritimes, elles avaient été déchargées à terre, où elles en auraient éprouvé d'autres, il faudrait faire une ventilation pour ne mettre à la charge de l'assureur que les avaries maritimes. Du reste, lorsqu'il y a un découvert, l'avarie se répartit sur l'assureur et l'assuré, de la manière indiquée n° 851.

857. L'action d'avarie étant l'action générale et propre à la nature du contrat d'assurance, le délaissement n'étant qu'une faculté accordée à l'assuré, le choix lui appartient, et quel que soit le dommage que l'objet assuré ait éprouvé, il peut se contenter d'en demander l'indemnité. Ainsi, l'assureur ne peut repousser la demande en réparation d'avarie que forme l'assuré, en prétendant qu'il y a lieu au délaissement, et que les formes prescrites pour qu'il soit admis n'ont pas été remplies. Il ne le peut, même en prouvant que l'action en délaissement lui serait plus avantageuse que celle en avarie. En effet, il n'est pas impossible que quelquefois l'assuré ait un grand intérêt à préférer l'action en avarie au délaissement. Par exemple, Pierre a chargé, sur un navire partant du Havre pour les colonies françaises, des étoffes de coton d'une valeur de 30,000 fr., qu'il a fait assurer. L'extrême besoin de cette étoffe lui fait espérer le doublement de son capital. Le navire échoue, de manière à donner lieu au délaissement; mais Pierre est assez heureux pour que ses marchandises n'éprouvent que des avaries qui les déprécient au plus de 10,000 fr., ce qui, vu l'extrême besoin, n'empêchera pas de les vendre, quoique dans cet état, avec un gros bénéfice. Au lieu d'un délaissement qui lui produirait 30,000 fr. seulement, c'est-à-dire son déboursé, il forme une action d'avarie pour 10,000 fr., montant du dommage, et vend ensuite ses marchandises à un taux excédant les 30,000 fr. assurés : l'intérêt de l'assuré est donc, dans ce cas, de se borner à l'exercice de cette dernière action.

858. Les parties pouvant stipuler ce que bon leur semble, relativement à la réparation des avaries, il arrive assez souvent qu'on détermine une certaine quotité jusqu'à laquelle l'assureur ne sera tenu d'aucune réparation de dommages ou pertes, par exemple, cinq ou dix pour cent. Cette franchise s'exerce sur la totalité de l'assurance, encore bien qu'une partie seulement ait éprouvé des avaries. Ainsi, supposons une assurance de 40,000 fr., avec clause qu'il y aura franchise d'avarie jusqu'à concurrence de dix pour cent : les trois quarts du chargement assurés sont déchargés et mis hors de risques; le reste éprouve une avarie de 6,000 fr.; l'assureur, poursuivi pour la réparer, pourra déduire, sur cette somme de 6,000 fr, non pas seulement dix pour cent de 10,000 fr., qui ne s'élèveraient qu'à 1,000 fr., mais dix pour cent des 40,000 fr. assurés, c'est-à-dire, 4,000 fr. Mais cette stipulation ne doit point être étendue hors des cas pour lesquels elle a été faite; et nous verrons, n° 862, qu'elle ne pourrait être invoquée en cas de délaissement pour autoriser une déduction au profit de l'assureur.

Les contractants peuvent aussi, comme on l'a vu n° 774, convenir que l'assureur ne supportera aucune avarie : c'est ce qu'on nomme clause *franc d'avaries*. L'assureur n'est tenu, en ce cas, que des pertes susceptibles de donner lieu au délaissement : mais aussi une fois que les pertes sortent de la classe qui ne donnerait lieu qu'à l'action d'avarie, l'assureur ne peut plus opposer la clause, ce n'est plus une perte modique qui fonde le droit de l'assuré, c'est une perte jugée entière ou presqu'entière; il recouvre la faculté d'agir et d'opter.

A l'aide de ces principes, on peut résoudre la question suivante : Un navire assuré avec la clause *franc d'avaries*, s'étant trouvé en danger de périr, a été abandonné par son équipage, puis sauvé et ramené par un autre navire, auquel il est dû un droit de sauvetage. Les assureurs peuvent-ils refuser de payer ce droit en se fondant sur la clause *franc d'avaries?* Nous ne le pensons

pas. L'état dans lequel s'est trouvé le navire, au point de forcer les gens à l'abandonner pour sauver leur vie, est, comme on l'a vu n° 842, un véritable sinistre majeur qui eût donné lieu au délaissement; or, dès qu'il est survenu un accident de nature à y donner lieu, l'assuré, nonobstant la clause *franc d'avaries*, a droit de se faire indemniser par l'assureur.

A la vérité, les choses assurées pourraient avoir éprouvé des détériorations avant l'événement qui a donné lieu à ce délaissement, qu'il plaît à l'assuré de convertir en action d'avarie. Il est clair qu'elles ne sont point à la charge de l'assureur, et qu'il faudrait en opérer la déduction à son profit.

859. L'assuré doit, comme dans le cas de délaissement, justifier que les marchandises perdues ou avariées, pour lesquelles il demande à être dédommagé, font ou faisaient partie du chargement qu'il a fait assurer: il doit aussi produire les preuves de l'accident qui donne lieu à sa demande, sauf aux assureurs la preuve contraire. On suit toutes les règles que nous avons données n°s 829 et suivants.

On doit distinguer lorsqu'on estime la valeur des avaries, entre l'assurance d'un navire et celles de marchandises. La réparation des avaries du navire consiste à rembourser ou acquitter tout ce qu'il en a coûté pour remédier aux détériorations ou pertes occasionnées par fortunes de mer. Mais il ne faut pas oublier que, suivant les principes expliqués n° 773, l'assureur répond seulement des accidents, et, non de ce que le navire a perdu de sa valeur pour avoir plus de service qu'il n'en avait lors du contrat, ou parce que les cordages, etc., sont usés par l'effet ordinaire de la navigation: il est donc naturel que l'assureur stipule la faculté de faire, dans le règlement d'avarie, sur le coût des réparations ou des objets remplacés, une déduction plus ou moins forte, que les experts déterminent d'après les circonstances, et qu'on nomme la différence du vieux au neuf; cette différence est calculée, non sur le coût réel des réparations au lieu où elles auraient été faites en route, mais sur le coût ou évaluation au lieu où se termine le voyage assuré. Cependant si la police n'autorisait pas cette déduction, il est douteux qu'elle pût être exigée parce qu'elle ne paraît autorisée par aucun texte de la loi, ni par un usage assez général et assez ancien pour qu'on doive le considérer comme suppléant au silence de la loi [1].

Du reste il est évident que dans le cas où c'est le navire qui a été assuré, les avaries à la charge du fret doivent être supportées par l'assureur.

Quant aux marchandises, l'assureur n'a promis que d'indemniser de la proportion dans laquelle les événements maritimes en auraient diminué la valeur primitive. Pour arriver à connaître cette proportion, les choses assurées sont estimées eu égard à ce qu'elles vaudraient au moment où l'on opère, si elles étaient dans la même qualité qu'au départ. On fixe, d'après cette base, dans quelle proportion la détérioration ou la diminution a été éprouvée. Par exemple, un chargement de blé arrive à Marseille; il se vendrait 20,000 fr. s'il n'était pas avarié, mais l'avarie éprouvée le réduit à 10,000 fr. On établit, d'après cette première base, une règle de proportion entre cette évaluation et la valeur au temps du chargement, que nous supposons avoir été de 12,000 fr., et en conséquence l'avarie est de 6,000 fr., parce que 6,000 sont à 12, comme 10,000 à 20.

Lorsque les avaries dont l'assureur doit indemnité sont de la classe de celles qui donnent lieu à contribution, les estimations et opérations dont nous avons parlé n°s 746 et suivants, servent de base au règlement entre l'assuré et l'assureur; et quoiqu'elles aient lieu en l'absence de ce dernier, elles l'obligent irrévocablement, à moins qu'il n'allègue une fraude, ou qu'il ne prouve que l'assuré ait sacrifié des droits certains et évidents, tandis qu'il était tenu de faire tout ce qu'eût fait l'assureur pour arriver à une contribution impartiale.

Mais il y a sur ce point deux remarques importantes. La première est que l'opération ne lie l'assureur qu'en ce qui concerne les bases et les résultats de la contribution. Par exemple, s'il prétendait qu'à tort on a laissé au compte du navire assuré, comme dépenses particulières, certaines dépenses qu'une plus exacte discussion aurait dû faire faire entrer dans la classe des avaries communes, il ne serait pas recevable à critiquer le règlement, ou du moins il ne pourrait l'attaquer que par appel du jugement homologatif, mais il a le droit incontestable de soutenir que, dans toutes les dépenses qu'on a laissées

[1] Cass., 13 juill. 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 317.

au compte particulier du navire, précisément pour ne pas les comprendre dans les avaries communes, il y en a qui ne sont pas de véritables avaries, ou qui ne sont pas de l'espèce de celles que la police mettait à sa charge. En un mot, les rapports de l'assuré et de l'assureur ne sont point modifiés par le réglement d'avarie fait pour opérer la contribution ; et les demandes, comme les exceptions résultant de la police, sont encore dans toute leur intégralité.

La seconde remarque est relative à la manière dont l'assureur doit indemniser l'assuré des avaries communes. Les bases d'après lesquelles les cochargeurs sont réglés en cas de contribution, étant tout-à-fait différentes de celles qui servent à déterminer les rapports de l'assureur et de l'assuré, les principes de l'un et de l'autre contrat doivent être combinés de manière qu'il n'en résulte aucune contradiction.

Supposons des marchandises assurées pour 36,000 fr., prix d'achat ou prix d'évaluation, si elle est convenue par la police. Une moitié en est jetée, et le navire étant sauvé par cette opération, une contribution a lieu : on évalue les marchandises sacrifiées au prix du lieu où l'on opère, et ce prix est porté à 24,000 fr., c'est-à-dire un tiers en sus de ce qu'elles ont coûté. Mais, dans la contribution, ces 24,000 fr. ont contribué du quart, c'est-à-dire ont payé 6,000 fr., ce qui réduit la somme que recouvre l'assuré à 18,000 fr. L'assureur ne peut prétendre que l'assuré étant couvert de la valeur du prix que lui ont coûté ses marchandises, la seule qu'il ait pu faire assurer, il ne lui doit rien; l'assuré, de son côté, ne peut réclamer l'intégralité des 6,000 fr. qu'il a payés par suite de la contribution. La première prétention ferait supposer qu'il n'est arrivé aucune perte, ce qui est démenti par le fait; la seconde serait contraire aux principes qui ne permettent pas d'assurer un bénéfice espéré, comme nous l'avons dit n° 765. Il faut donc opérer entre l'assureur et l'assuré, de la même manière que si ce bénéfice n'eût point existé, et que, dans la contribution, les marchandises assurées n'eussent pas été estimées un prix plus élevé qu'elles n'ont coûté, ou qu'elles ont été évaluées dans la police, lorsqu'on a pris cette précaution. Dans ce cas, l'assureur eût payé le quart de cette valeur, c'est-à-dire 4,500 francs. Le bénéfice espéré qui n'a pas été, ni pu être assuré, devient un découvert qui contribue jusqu'à concurrence de sa valeur, et par conséquent l'assureur remboursera à l'assuré le quart de 18,000 fr. assurés, c'est-à-dire 4,500 fr., et l'assuré, pour ses 6,000 francs de découvert, supportera 1,500 fr. Tous les principes seront ainsi respectés et conciliés.

On peut présenter l'hypothèse inverse. La chose assurée valait 36,000 fr., moitié a été jetée, et, lors de la contribution, la totalité ayant été évaluée seulement 30,000 fr., d'après la valeur au lieu où l'opération se faisait, l'assuré a reçu 15,000 fr. pour la moitié jetée. L'assureur sera obligé de payer la portion contributive que l'assuré a supportée dans les 15,000 fr. qu'il a reçus; par exemple, si la répartition, d'après les bases expliquées n° 746, a été de 10 p. 100, l'assureur devra 1,500 fr.; puis comme la moitié perdue était pour l'assuré un débours de 18,000 fr., des 36,000 fr., d'achat ou moitié d'évaluation au moment de l'assurance, il lui paiera encore 3,000 fr.; total 4,500 fr. Car, de même que l'assureur ne doit payer les choses assurées que le prix de leur valeur au moment de la mise en risques, encore que le prix en ait augmenté, de même il doit ce prix, encore que la valeur des choses ait diminué.

On voit, par là, comment l'application de la même règle a lieu, soit que les marchandises offrent un bénéfice, soit qu'elles présentent une valeur inférieure au prix d'achat.

860. Une avarie pourrait être assez modique pour que les frais d'estimation qu'elle occasionnerait se trouvassent absorber l'intérêt des parties. Assez souvent la police détermine le taux que les avaries devront atteindre pour donner lieu à la réparation. Lorsque les parties ont gardé le silence, on n'admet point l'assuré à former demande contre l'assureur, si l'avarie qu'il allègue n'excède pas un pour cent de la valeur des choses endommagées. Lorsqu'il y a plusieurs assureurs par la même police, ce calcul d'un pour cent s'établit sur l'intérêt total. Ainsi, par une même police, Pierre a assuré à Paul 30,000 francs de marchandises, Jacques 20,000 fr., René 10,000 fr.,; l'avarie est de 590 fr. : comme elle n'excède pas 600 fr., qui seraient un pour cent de 60,000 fr., montant total de la police, il n'y a pas d'action en avarie. Il en serait de même quand

les assurés seraient distincts, si c'étaient la même police et le même assureur.

On ne peut faire entrer en compte, pour produire cette proportion d'un pour cent, les frais occasionnés par la poursuite en liquidation et paiement de cette avarie. Ainsi, dans l'espèce ci-dessus, où l'avarie ne serait à considérer qu'autant qu'elle excéderait 600 fr., on ne pourrait prétendre que la demande dût être admise, parce que les frais de justice étant de 100 fr., la créance de l'assuré s'élèverait à 690 fr.

Lorsqu'une fois l'avarie excède un pour cent, l'assureur ne peut se dire affranchi jusqu'à concurrence de cette quotité, en offrant de payer l'excédant : le but de la règle que nous avons donnée est qu'un intérêt infiniment petit ne soit pas considéré ; mais dès que la proportion exigée et atteinte, l'assuré doit être indemnisé en entier, à moins qu'il ne résulte de la convention que l'avarie n'est due que pour l'excédant.

861. L'assureur qui a payé le montant des avaries, est, comme celui qui a payé la valeur entière de l'assurance dans les cas de délaissement, subrogé aux droits de l'assuré si l'avarie qu'il répare donnait lieu à quelque contribution ou indemnité, conformément à ce que nous avons dit n° 835. Les motifs qui fondent notre opinion ne sont pas les mêmes que ceux que nous avons déduits du délaissement; car si le délaissement rend l'assureur propriétaire des objets assurés, il ne peut en être ainsi lorsqu'il n'y a lieu qu'à une action d'avarie : mais ils sont fondés sur les principes que nous avons expliqués n° 595, relativement aux assurances de terre. On peut en conclure, conformément à ce que nous avons dit n° 845, que si l'assuré avait reçu du capitaine ses marchandises sans protection, ni sans avoir conservé, dans les délais légaux, l'action en indemnité dont ce capitaine serait passible par la nature de l'avarie, il perdrait son action contre l'assureur.

SECTION V.

Comment et quant l'Assuré peut exiger son paiement.

862. La connexité des matières nous a déjà entraîné à parler, dans ce qui précède, et notamment nos 770 et suiv., de plusieurs questions relatives à l'obligation contractée par l'assureur de payer à l'assuré une somme ou autre valeur, pour réparation du dommage éprouvé. Il nous reste à indiquer plus particulièrement quelles sommes l'assuré doit payer, et dans quels délais.

Une observation préalable est nécessaire. Quoique l'assureur soit admis à faire la preuve contraire des événements allégués, et à contester les énonciations portées au connaissement, ou les évaluations que la police contient, il doit être provisoirement condamné au paiement; mais l'assuré est tenu, s'il en est requis, de donner une caution dont l'engagement est éteint après quatre années révolues, sans poursuite contre elle.

Lorsqu'il s'agit de condamner ainsi l'assureur, on admet des preuves que l'on peut ensuite rejeter en définitive, car le provisoire ne préjuge pas la question du fond. Néanmoins, les juges doivent être attentifs à ne pas se mettre dans le cas de décider sur des preuves trop légères. La témérité d'une décision provisionnelle devient quelquefois fatale à un assureur ; et lorsque l'assuré est peu solvable, la caution fournie est souvent d'une faible ressource.

Un principe qu'il importe de ne pas perdre de vue, c'est que l'assureur doit en entier ce qu'il a promis; mais, pour fixer ce qu'il doit, il ne faut pas oublier la variété des clauses que peut produire la formation de leurs conventions. Un assureur, peut, comme nous l'avons dit n° 821, moyennant une prime stipulée, s'obliger à réparer toutes les pertes qu'éprouveront les marchandises d'une personne, dans des temps et des circonstances déterminés. Il peut s'obliger à ne réparer ces pertes que jusqu'à concurrence d'une certaine somme.

Dans le premier cas, l'assurance est ce qu'on appelle *indéfinie*; dans le second cas, elle est *limitée*. Les juges auxquels il appartient d'apprécier et d'interpréter les conventions des parties auraient à examiner dans quelle hypothèse l'assureur a entendu se placer. On ne peut donner de règles à cet égard ; il suffit d'indiquer les effets différents de l'une et de l'autre position.

Dans la première, quelque grand que soit le mal, quand même diverses dépenses considérables s'accumuleraient au point d'excéder la valeur de la chose assurée, et

seraient, en dernier résultat, suivies d'une perte totale qui donnerait lieu au délaissement, l'assureur devrait acquitter toutes ces dépenses, et payer encore la valeur de la chose périe. Il n'y a rien en cela de contraire à l'essence du contrat d'assurance, puisque l'assuré ne profite point de ces dépenses, et qu'elles sont pour lui une mise hors. C'était à l'assureur de prévoir cette chance, et de stipuler une prime assez élevée pour équivaloir à l'étendue des risques.

Dans le second cas, l'assureur n'est tenu de payer que la somme fixe qu'il a promise, quelque considérables que soient les pertes ou dépenses extraordinaires causées par force majeure [1], que l'assuré aurait supportées.

Il y a cependant des cas spéciaux dans lesquels l'assureur se trouve en résultat perdre au-delà de la somme qu'il a promise. Ils sont la conséquence d'autres positions faciles à expliquer et à justifier. Le premier est celui que nous avons déjà prévu n° 839, relativement à la prise. Mais cette chance qu'un assureur qui a pris la composition pour son compte, court de perdre plus que la somme originairement promise, n'est point la conséquence du contrat primitif. La prise avait causé la perte et donné lieu au délaissement, par l'effet duquel il n'aurait rien payé de plus que ce qu'il avait promis, s'il n'avait pas voulu prendre la composition pour son compte. En y consentant il a formé un nouveau contrat d'assurances, dont il subit tous les effets si la chose périt ultérieurement, mais dont aussi il recueillera les chances favorables. Le second a lieu lorsque le navire ayant fait naufrage, l'assureur procède au sauvetage, et par l'effet des dépenses exorbitantes qui en résultent, ou d'événements qui feraient ultérieurement périr les choses sauvées, il ne recouvre pas de quoi en payer les frais. Mais c'est encore la conséquence d'un principe étranger à l'assurance. Le naufrage a donné lieu au délaissement; les choses naufragées sont devenues la propriété de l'assureur; le recouvrement s'est fait à son compte; s'il entreprend de les sauver, c'est à ses frais, et les conséquences fâcheuses qui s'ensuivraient, résultant du principe qu'une chose périt pour le compte de son maître, sont étrangères au contrat d'assurance d'après lequel il a dû ou doit payer à l'assuré toute la somme qu'il lui avait promise.

S'il n'est pas indispensable que l'assurance indéfinie ait été stipulée d'une manière expresse, l'intention des parties doit au moins être claire et évidente. S'il y avait quelque incertitude, ce serait en faveur de l'assureur et à sa décharge qu'il faudrait faire l'interprétation. Assez souvent, la manière dont la prime a été stipulée sert à lever tous les doutes. Lorsqu'elle est à *tant* pour cent d'un capital déterminé, il est probable que l'assureur n'a voulu garantir que ce capital, parce qu'il a une présomption naturelle que les parties entendaient proportionner l'indemnité de l'assureur à l'étendue des risques qu'il courait.

L'assureur ne peut faire subir à l'assuré d'autres déductions que celles dont on est convenu. Ainsi lorsqu'une assurance a été faite, *franc d'avaries*, jusqu'à concurrence de 2 ou 4 pour 100, l'assureur poursuivi par action d'avarie doit payer toute la perte, moins ces 2 ou 4 pour 100. Mais si l'accident est d'une nature telle qu'au lieu d'une action en avarie, l'assuré agisse par voie de délaissement, il a droit d'exiger la totalité de la somme promise, sans déduction, à moins qu'on n'eût expressément stipulé que cette déduction aurait lieu, même en cas de délaissement.

863. L'assureur doit, comme on l'a vu n° 848, payer dans le délai convenu; s'il n'y en a point eu de stipulé, dans les trois mois du jour du délaissement signifié; ou, s'il n'a pas été accompagné de déclaration et signification dont nous avons parlé n° 847, dans les trois mois à compter du jour que cette condition a été accomplie.

Si, depuis l'accident qui a donné lieu au délaissement, le capitaine avait, conformément à ce que nous avons dit n° 643, fait des avances, des emprunts, ou contracté des dettes pour les besoins, les sauvetage, conservation, emmagasinement, etc., des choses délaissées, l'assureur en serait tenu : car le délaissement, par un effet rétroactif, le rend propriétaire des choses délaissées, du jour de l'événement, et tout ce qui a eu pour objet leur conservation est à sa charge.

Cela n'est point contraire à ce que nous avons dit, que l'assureur ne devait rien de plus que la somme promise par la police; mais on verra n° 869 que, si ces frais excédaient la valeur des objets délaissés, l'assu-

[1] Cass., 8 janv. 1823, Dalloz, t. 3, p. 22. Sirey, 23, 1e, p. 138.

reur n'est tenu de les rembourser que jusqu'à concurrence.

Nous venons de voir de quel délai légal jouissait l'assureur pour payer ce qu'il a promis, lorsqu'il est attaqué par voie de délaissement. S'il n'est poursuivi qu'en action d'avarie, il ne jouit pas de ce délai, et doit payer immédiatement après le réglement, conformément aux principes expliqués nos 183 et suivants.

Les droits de l'assuré contre l'assureur peuvent se prescrire, et les délais sont différents selon l'espèce d'action qu'il peut exercer. L'action en délaissement se prescrit par l'expiration des délais indiqués no 848. Il n'en est pas de même de l'action en avarie; l'assuré perd tout recours contre les assureurs s'il reçoit les marchandises sans protestation [1]; cette protestation doit être faite, comme celle dont il est question no 845, dans les vingt-quatre heures, et être suivie d'une assignation dans le mois [2], sauf les prorogations en raison des distances comme on l'a vu no 846. Cette action ainsi conservée dure cinq ans, qui courent à compter de la date de la police, c'est-à-dire du jour de sa signature, encore qu'elle ait été close postérieurement. On a dérogé, en ce cas, aux règles ordinaires, qui veulent que si un droit dépend de quelque événement. la prescription ne coure que du jour qu'il est arrivé. Au surplus, on doit suivre, sur l'interruption de cette prescription et ses effets, ce que nous avons dit no 240.

CHAPITRE IV.

Des Actions et Exceptions de l'Assureur.

864. La principale action de l'assureur contre l'assuré, est, comme on l'a vu no 786, pour le paiement de la prime; elle dépend des conventions. Si la prime a été promise, pour n'être payée qu'en cas d'heureuse arrivée, ou pour se compenser, en cas de sinistre, avec le prix dû par l'assureur, c'est l'événement qui décide si l'assureur a une action pure et simple contre l'assuré, ou si la compensation de la prime ne sera pas faite jusqu'à concurrence, avec le prix qu'il doit à l'assuré pour réparation des pertes éprouvées par ce dernier. De quelque manière qu'elle soit exigible, la prescription a lieu par l'expiration du délai de cinq ans, à compter du jour de la signature de la police. C'est encore une modification à la règle du droit commun sur les prescriptions; car, d'après cette règle, la prime pour le paiement de laquelle un terme a été convenu ne devrait être prescrite que par cinq ans, à compter du jour de l'exigibilité.

Mais, dans tous les cas, la demande de l'assureur est susceptible d'une exception de la part de l'assuré, fondée sur une circonstance spéciale dont il est convenable de parler ici.

Dans la règle, la prime une fois convenue, quels que fussent l'époque et le mode de paiement stipulés, devrait rester invariable, ou du moins n'être assujettie qu'aux diminutions ou augmentations stipulées. La nature aléatoire de la convention semble même s'opposer à ce que le raccourcissement de voyage puisse être un motif pour l'assuré de demander une réduction de prime. Néanmoins, lorsque des marchandises sont assurées pour une seule et même prime d'aller et de retour, ce qui s'appelle *prime liée*, et que l'assuré ne fait pas de chargement de retour, ou ne charge que pour une valeur moindre que celle qu'il avait annoncée, soit volontairement, soit par l'effet d'une force majeure, l'assureur reçoit seulement les deux tiers proportionnels de la prime convenue, sauf les conventions différentes des parties. Par exemple, Pierre a assuré, par prime liée, 60,000 fr. pour aller et retour à dix pour cent, ce qui fait 6000 fr. Le chargement pour l'aller a été effectivement de 60,000 francs, mais il n'y a pas eu de retour, il ne peut exiger que les deux tiers de la prime, c'est-à-dire 4,000 fr. Mais s'il y avait eu retour de 30,000 francs, on supposerait que le chargement est complet pour l'aller et le retour, jusqu'à concurrence de cette somme; et l'assureur recevrait d'abord 3,000 francs de prime. Quant aux autres 30,000 francs, on agirait comme si cette somme avait été assurée pour l'aller et le retour, et qu'il n'eût été fait aucun retour; et la prime serait, sur cette partie, réduite à 2,000 fr. Cette modification n'a lieu que dans le cas où le voyage d'aller a été accom-

[1] Rejet, 21 avril 1830.

[2] Cass., 27 nov. 1822. Dalloz, t. 3, p. 30.

pli ; car si le navire périssait en allant, le défaut de retour ne pourrait être invoqué par l'assuré, pour diminuer la prime, puisque le contrat ayant reçu son exécution, l'assureur serait obligé de payer la totalité de la perte.

Il n'y a pas lieu à cette modification, relativement à l'assurance du navire. Le voyage d'aller et de retour est considéré comme un seul voyage ; le défaut de retour est jugé par les principes ordinaires.

L'assureur pourrait encore avoir à agir contre l'assuré, sans attendre le résultat d'aucun événement, s'il avait à demander la nullité de la police pour défaut de formes ou pour toute autre cause qui vicie les contrats en général, ou, comme on l'a vu n° 783, en prouvant que l'assuré savait ou était présumé savoir, à l'instant de cet acte, que les choses assurées étaient péries. Mais il peut en faire aussi la matière d'exceptions, et c'est ce qui arrive le plus souvent.

865. Hors le cas où la prime est payable avant l'événement, et ceux où l'assureur voudrait invoquer la résolution du contrat, il n'a que des exceptions à faire valoir. Il est débiteur de l'obligation de réparer des pertes, et n'a rien à faire que d'attendre le moment où cette réparation lui sera demandée.

Alors, non-seulement il peut, lorsqu'un délaissement lui est signifié, prétendre qu'il n'y a lieu qu'à une action d'avarie, mais encore soutenir que l'assuré n'en peut exercer aucune, soit en contestant la réalité des dommages dont la réparation est demandée, soit en prétendant qu'ils ne sont pas du nombre de ceux dont il doit répondre, ou qu'ils ne sont point arrivés dans le temps et le lieu des risques, soit en soutenant que la quantité ou la valeur des choses chargées n'égalait pas le montant de l'assurance, et faire réduire la somme qui lui est demandée, à la valeur du chargement ou de ce qui en restait à assurer, s'il y avait de précédentes assurances.

Le droit d'invoquer ces exceptions ne cesse point, par la circonstance que la police étant au porteur ou négociable, les actions qui en résultent seraient exercées par un autre que par celui qui a figuré dans la convention, comme assuré. Elles sont inhérentes au contrat, et peuvent être opposées au cessionnaire, conformément à ce que nous avons dit n°s 313 et 797.

Mais l'assureur qui, après avoir payé sans réserves, voudrait, en prétendant qu'il ne connaissait pas ses droits, répéter ce qu'il a payé, n'y serait pas admis, conformément à ce que nous avons dit n° 434, à moins que le dol de son adversaire ne l'eût privé de cette connaissance.

Nous avons vu dans le chapitre précédent comment les faits allégués par l'assuré, qui intente une action en délaissement ou d'avarie, devaient être prouvés, et l'analogie ne nous a pas permis d'en séparer quelques développements sur les exceptions que l'assureur peut lui opposer. Nous consacrerons un chapitre particulier à traiter de celles que produit le défaut de risques ou l'insuffisance des choses qui y auraient été exposées, qu'on appelle *ristourne;* il ne sera donc question ici que des exceptions que l'assureur fonde sur ce que les pertes dont l'assuré demande la réparation, ne sont, ni de la nature, ni arrivées dans le temps et les lieux convenus.

866. Les diverses espèces de risques dont l'assureur est chargé, les modifications ou extensions que les parties peuvent y apporter, développées dans les chapitres premier et second, les règles déjà données sur les obligations de l'assuré, sont la source et le fondement des exceptions de l'assureur.

Non seulement, il ne répond pas des pertes qui, suivant ce que nous avons dit, n° 771, ne peuvent, par leur nature, être à sa charge; mais encore il peut arriver que des accidents de nature à s'y trouver, ayant été causés par le fait ou la faute de l'assuré, délient l'assureur de toute garantie. Ainsi, la confiscation qui, considérée en elle-même, est le résultat d'une force majeure à la charge de l'assureur, comme on l'a vu n° 772, pourra être une exception en sa faveur, s'il prouve qu'elle provient de la faute de l'assuré, ou qu'il n'a pas dû s'attendre à ce risque par la manière dont la nationalité du navire ou des marchandises a été désignée ou entendue, quand même l'assuré l'aurait induit ou laissé en erreur sans mauvaise foi. Cette même perte ne serait point aussi à sa charge, si elle provenait de la faute du capitaine, lorsque la police ne contient pas la clause de baraterie. Elle serait au contraire un cas fortuit dont il répondrait, si elle était reconnue un fait de violence ou d'injustice : c'est donc par les circonstances, les principes du droit des gens et du droit conventionnel

résultant des traités, qu'il faudrait décider si un capitaine qui aurait refusé de laisser visiter son navire par un navire étranger en pleine paix, et dont ce refus aurait occasionné la prise ou un arrêt, peut être réputé en faute. Il importe au surplus de faire observer que quelque jugement qu'on rendît sur ce point en pays étranger, la partie intéressée pourrait le soumettre de nouveau aux tribunaux français que cette décision ne lierait aucunement.

Ce principe n'est pas contradictoire avec ce que nous avons dit nos 606 et 842, sur le cas de la décision rendue par une autorité française compétente, toujours considérée, à l'égard de l'assureur, comme une force majeure, quelque évidemment injuste qu'elle pût être. Au premier cas, la décision de cette autorité a commandé l'obéissance, et le dommage qui en résulte est force majeure; il suffit que l'assuré en justifie. Au second, la même force majeure a existé, mais il y a doute sur son principe. Si une autorité étrangère, quelquefois intéressée à justifier des actes arbitraires, avait déclaré que la confiscation a eu lieu pour violation des lois du pays, la question n'en resterait pas moins intacte; il faudrait la décider de nouveau en France, sauf aux intéressés à recourir vers le souverain dont ils sont sujets, pour qu'il fasse valoir leurs droits auprès de celui qui leur a causé quelque tort.

Lorsqu'un navire a péri, qu'il a échoué, qu'il a été déclaré innavigable, ou que des marchandises ont éprouvé des avaries par les eaux de la mer, l'assureur, sans nier ces faits, peut prétendre que le navire est parti en mauvais état, et que c'est à ce mauvais état et non à des accidents, que la perte ou le dommage est dû. Pour lever beaucoup de difficultés dans ce cas, il convient de rappeler que le navire doit avoir été visité avant le départ; ainsi qu'on l'a vu n° 630. S'il n'est pas justifié de cette visite, la présomption est que la perte, ou les avaries proviennent de vices antérieurs à la navigation. Cette présomption s'applique tant à l'assurance du navire qu'à celle des marchandises, soit que le chargement ait été fait par les armateurs eux-mêmes, soit qu'il l'ait été par de simples chargeurs, peu importe. Il dépendait des premiers ou de leur capitaine, de faire procéder à la visite; les seconds devaient s'en faire représenter les procès-verbaux : tous doivent supporter la peine de leur négligence, ou de celle du capitaine dont ils répondent; nous avons vu, en effet, nos 638 et 771, qu'à l'égard des simples chargeurs, le capitaine était réputé leur préposé, sauf leur action contre lui ou contre les armateurs.

Lors même qu'un certificat de visite attesterait que le navire a été reconnu en bon état, au départ, l'assureur peut être admis à la preuve contraire [1]. La visite établit une présomption légale, mais elle n'exclut pas une preuve contraire. L'innavigabilité surtout pourrait provenir de vétusté, de pourriture ou de vices intérieurs qui auraient échappé à l'attention des visiteurs; et d'après la nature du contrat d'assurance, l'assureur ne répond que de celle qui a été causée par des coups de mer, ou par quelques autres accidents semblables. Mais cette exception que le procès-verbal de visite n'est pas produit, ne serait pas admissible si la perte avait été causée par un événement sur lequel le mauvais état du navire n'aurait pu, par la nature des choses, avoir aucune influence [2]. Il est facile de voir comment il faudrait décider dans les cas analogues, d'après ce qui a été dit nos 773 et 774, que l'assureur peut, par exception à la demande de l'assuré, prétendre qu'une faute du capitaine ou de l'équipage a causé la perte ou l'avarie. Ainsi, lorsque des marchandises ont été chargées sur le tillac, hors le cas de voyage au petit cabotage, et qu'elles ont été avariées ou même qu'elles ont été jetées sans indemnité, comme on l'a vu nos 725 et 814, l'assureur qui n'a point eu connaissance de ce mode de chargement, peut refuser de réparer le dommage. Nous avons donné d'autres exemples nos 771 et 829. Mais, comme nous venons aussi de le faire remarquer, le droit d'invoquer ces exceptions cesse lorsque l'assureur s'est chargé de la baraterie de patron, à moins que l'assuré n'en fût lui-même complice.

En combinant ces principes avec ce que nous avons dit aussi n° 771, de l'obligation dans laquelle est l'assureur de garantir l'assuré, lorsque les marchandises ont été vendues ou engagées pour les besoins de la navigation légalement constatées, il est facile de voir qu'un assureur qui aurait assuré à l'un le corps du navire, et à l'autre le char-

[1] Rejet, 18 mai 1824. Dalloz, t. 3, p. 40.

[2] Rejet, 25 mars 1806. Dalloz, t. 3, p. 79.

gement, pourrait opposer à l'armateur dont le navire aurait péri, et qui lui ferait délaissement, la compensation de tout ce dont ce dernier est débiteur envers le propriétaire du chargement pour prix des marchandises vendues ou mises en gage pour les besoins du navire. Nous avons vu, n° 665, que, dans quelque position que ce fût, cet armateur devait en payer le prix, et que la perte ou l'abandon du navire ne l'en libérait pas. C'est donc une dette ordinaire qu'il avait contractée envers le chargeur, aux droits duquel l'assureur se trouve subrogé, conformément à ce que nous avons dit n°s 855 et 661, d'où résulte, dans cette hypothèse, le droit de cet assureur, d'opposer la compensation de cette créance à l'armateur dont il est débiteur.

867. L'assuré a dû se renfermer rigoureusement dans les termes de la police; cette règle est la source de toutes les exceptions de l'assureur. Ainsi, la substitution d'un navire à celui qui a été désigné, met fin aux risques; et l'assureur ne répond plus de ce qui peut arriver, après cet instant, aux choses assurées; il ne répond que des pertes antérieures. On considérerait alors, suivant les principes donnés n° 806, comme changement de navire, non-seulement la substitution faite par l'assuré, d'un navire à celui qui a été nommément désigné, mais encore à celui que cet assuré a choisi en vertu de la latitude que lui donnait le défaut de désignation spéciale dans la police. Il importe peu que l'assuré prouve que le navire substitué est plus fort ou meilleur que celui qu'il avait indiqué, et sur lequel étaient ou ont été mises les choses assurées; ou même que, par un événement quelconque, le premier navire ait péri.

L'autorisation de changer, donnée à l'assuré, ne permet plus à l'assureur d'invoquer cette exception, mais elle doit être expresse, et ne s'induirait pas de ce que d'autres modifications auraient été permises par le contrat. Ainsi, la faculté de relâcher dans un port ne comprendrait pas celle de transborder, car l'un n'est pas l'équivalent de l'autre. Le navire qui s'arrête dans un port, reste le même; le transbordement substitue un navire à celui qui était désigné.

Ce que nous avons dit n° 808, montre comment les principes s'appliqueraient au changement de capitaine. Dans ce cas et dans les autres semblables, tels qu'une substitution de pavillon ou l'irrégularité des pièces de bord du capitaine, qui aurait eu pour résultat de faire capturer le navire, il importerait peu que le fait qui donne lieu à l'exception de l'assureur fût imputable à l'armateur ou au capitaine, sans le concours ni le consentement du chargeur à qui cette exception est opposée; elle n'en devrait pas moins être admise, sauf le recours de l'assuré contre les auteurs de ces infractions.

Les mêmes principes s'appliquent au changement de voyage ou de route; par exemple, si depuis que les risques ont commencé, soit d'après la convention, soit d'après les règles expliquées n°s 775 et suivants, le navire change de route, ne fût-ce qu'un instant, ou s'arrête sans y être autorisé par les clauses de faire échelle, dérouter, rétrograder; s'il change de voyage, c'est-à-dire s'il se rend à une autre destination, ou même si, après avoir exactement suivi la route convenue, arrivé à la hauteur du lieu de sa destination, il continue pour un autre, sans y être autorisé par la clause de naviguer partout, à moins que, dans tous ces cas, il ne cède à une force majeure, les risques sont terminés. Mais c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider, d'après les faits et les circonstances combinés avec les termes de la police, si l'assuré s'est écarté des clauses de la convention [1].

On considère comme changements forcés, toute déviation nécessitée par la crainte de l'ennemi, le besoin de se procurer des vivres, de l'eau, de radouber le navire, de laisser à terre des pestiférés ou autres individus atteints d'une maladie contagieuse, d'éviter la prise ou les dangers résultant de ce que le port où l'on veut aborder serait bloqué, etc.; et, comme autorisé, tout changement qui résulte de la liberté laissée par les termes de la police, qu'il faut entendre d'après l'usage, ou d'après ce que permet la nature de l'expédition. Ainsi, dans le petit cabotage, quand l'assurance est faite pour un temps limité, il est possible que le navire revienne plusieurs fois au port du départ sans que le risque soit fini. Ainsi, lorsqu'une assurance est à prime liée, le navire n'est pas présumé avoir changé son voyage s'il s'arrête à un port plus rapproché où il pouvait débarquer, ou si, au lieu de continuer sa route, il revient au port de départ; c'est un raccourcissement de voyage,

1 Rejet, 27 janv. 1808. Dalloz, t. 3, p. 72

et le port où il s'est ainsi arrêté devient le port de retour.

L'assureur pourrait exciper de toute contravention aux clauses facultatives énoncées n° 823, ou prétendre que l'événement sinistre n'est pas arrivé dans le temps des risques; on suivrait, pour apprécier cette exception, les règles données n° 775.

868. Enfin l'assureur pourrait invoquer, contre l'assuré, une exception résultant du crime par lequel ce dernier, soit comme auteur principal, soit de complicité avec le capitaine à qui il en aurait donné l'ordre ou fait l'invitation, aurait volé les marchandises, supposé de faux jets, ou fait périr le navire pour donner ensuite lieu aux actions en avarie ou délaissement. Nous sommes entrés à cet égard, n° 595, dans une discussion dont les principes recevraient sans aucune modification leur application au droit maritime. Il est inutile d'ajouter, d'après ce qui a été dit n° 772, que la clause par laquelle l'assureur se serait chargé de la baraterie de patron ne pourrait lui être opposée dans ce cas par l'assuré, puisque nous supposons sa complicité avec le capitaine; complicité dont la preuve est sans aucun doute à la charge de l'assureur; car c'est une exception qu'il invoque, et ni le crime, ni la fraude, ne se présument.

869. L'effet du délaissement étant, comme on l'a vu n°s 849 et suivants, que l'assureur devienne propriétaire des choses assurées, ou de ce qui en reste, il a droit, à son tour, d'exiger de l'assuré qu'il lui rendre compte du sauvetage, et d'obtenir des dommages-intérêts, en cas de négligence, faute grave, ou fraude de sa part; de même qu'un mandant a ce droit contre son mandataire. Celui-ci, comme on l'a vu n° 643, n'a pas dû se dispenser, sous aucun prétexte, de faire travailler à ce sauvetage; c'est une condition tacite du contrat.

Le compte du sauvetage ainsi opéré doit être rendu par lui à l'assureur dès que le recouvrement est fait; mais il forme un objet qui n'a rien de commun avec le paiement des sommes assurées et qui ne saurait l'arrêter; il ne pourrait jamais être pour l'assureur un prétexte de suspendre le paiement de ce qu'il doit à l'assuré, en attendant le compte qui lui est dû. Par conséquent il ne pourrait lui opposer une compensation, à moins que sa créance ne fût elle-même liquide et exigible.

L'assuré est fondé à déduire, sur le montant de ce qu'ont produit les effets sauvés, les frais de sauvetage qui sont privilégiés. S'il a été fait sous la surveillance d'une autorité publique, elle taxe les dépenses, ainsi qu'on l'a vu n° 643; s'il n'y a aucun autre moyen de réglement, le juge peut déférer le serment à l'assuré, jusqu'à concurrence d'une somme qu'il détermine.

Cependant si les frais de sauvetage excédaient la valeur des effets recouvrés, cet excédant restera-t-il à la charge de l'assuré? On peut dire qu'il éprouverait, dans ce cas, une lésion, puisqu'il n'est pas possible de calculer la dépense avant le sauvetage, et que néanmoins il est obligé d'y faire procéder; que tout mandant doit rembourser la totalité des dépenses du mandataire, même quand l'affaire lui devient ensuite onéreuse. Cependant, la raison de décider est que, par la nature du contrat, l'assureur n'a voulu s'exposer à perdre que jusqu'à concurrence des sommes qu'il a assurées. D'ailleurs, il est rare que le produit des choses assurées ne couvre pas les frais du sauvetage; et dans le cas contraire, une sorte d'égards, pour l'assureur, doit laisser l'excédant de dépense au compte de l'assuré.

Au surplus, la question ne s'élèverait pas si l'assureur avait donné un pouvoir spécial de travailler au sauvetage, ce qui emporterait, de droit, l'obligation d'en payer tous les frais, sans égard à la valeur des effets sauvés. Le plus souvent même la police d'assurance en contient la clause.

Nous avons vu que le capitaine était tenu de procéder au sauvetage; mais s'il manquait à ce devoir, l'assureur, qui n'aurait pas pris pour son compte la baraterie de patron, ne pourrait rendre l'assuré responsable de la faute du capitaine. Ce dernier n'est plus, à proprement parler, le représentant des assurés; l'événement du sinistre qui était de nature à donner lieu au délaissement dont l'effet est rétroactif, comme on l'a vu n° 854, a mis les choses naufragées au compte de l'assureur; c'est bien plus comme son représentant que comme représentant de l'assuré que le capitaine procède au sauvetage.

Dans ce cas, si la dépense excédait le produit, il ne paraît pas que le capitaine ait action contre l'assureur pour s'en faire rembourser. Aussi arrive-t-il qu'en général il laisse ce soin à l'administration locale.

Alors la question de savoir qui paiera l'ex-

cédant des dépenses, est résolue pour la France par les articles 41 et suiv. du titre III de l'ordonnance du 3 mars 1781. Lorsque les effets et agrès du bâtiment naufragé, qui doivent être vendus conformément à ces articles et à l'acte du 27 mars 1800 (6 germinal an VIII), ne suffisent pas pour subvenir aux dépenses de sauvetage, nourriture, et autres indispensables pour la conservation de l'équipage, ou si le tout est entièrement perdu, il est pourvu à l'acquittement du déficit par les fonds publics. Quoique cette ordonnance de 1781 paraisse spéciale pour les consulats en Levant et en Barbarie, une circulaire du ministre de la marine, du 21 septembre 1821, en applique les dispositions aux administrateurs de la marine dans le royaume et aux consuls français afin que les secours ne manquent jamais aux naufragés.

CHAPITRE V

Du Ristourne, ou résolution du Contrat d'assurance.

870. Le contrat d'assurance est essentiellement aléatoire. Ainsi, il faut que les choses assurées existent et qu'elles aient été exposées à des risques. Par la même raison, c'est un contrat de droit strict; la plus légère circonstance pouvant influer sur les déterminations de l'assureur, rien ne doit lui être dissimulé. Chaque fois que les objets assurés n'ont pas été exposés aux risques contre lesquels l'assurance a eu pour objet de garantir celui à qui ils appartiennent, ou qu'il n'en a été exposé qu'une partie, ou qu'il y a eu fausse déclaration, dissimulation, réticence envers l'assureur, le contrat doit être dissous ou réduit.

Le ristourne a donc lieu pour défaut total ou partiel des risques, pour fausse ou inexacte déclaration. Ce sera l'objet des deux sections qui diviseront ce chapitre. Nous ne croyons pas avoir besoin de parler de nouveau des cas où la nullité du contrat peut être invoquée sur le fondement qu'on aurait assuré des choses qu'il n'est pas permis de faire assurer.

SECTION PREMIÈRE.

Du Ristourne, ou résolution du Contrat pour défaut de risques.

871. Le contrat d'assurance n'ayant pour objet que de réparer une perte, il manque dans son objet essentiel, si les choses assurées n'ont pas été exposées à des risques maritimes. Cette condition est toujours et nécessairement sous-entendue; si elle n'est pas accomplie, le contrat est annulé, comme on l'a vu n° 789; l'un ou l'autre des contractants, selon qu'il y a intérêt, et sauf les modifications qui seront indiquées ci-après, peut invoquer cette résolution, soit par exception à la demande de l'autre, soit par action en rescision ou réduction avant l'événement, soit par action en répétition pour paiement fait sans cause.

Ces actions sont assujetties à la même prescription de cinq ans, que celles dont nous avons parlé n° 863.

Cette section n'étant destinée qu'à traiter du ristourne, pour défaut ou pour insuffisance de choses mises en risques, nous en ferons l'objet des deux premiers paragraphes; le troisième contiendra quelques règles sur la manière d'opérer le ristourne, en cas de plusieurs assurances sur le même objet.

§ Ier. *Du Ristourne pour défaut absolu des choses assurées.*

872. Lorsque les choses qui avaient été assurées ne sont point mises en risques, il y a lieu au ristourne. Ainsi, lorsque les choses assurées étaient péries, ou heureusement arrivées avant la formation du contrat, ou qu'elles sont présumées l'avoir été d'après les règles données nos 782 et suiv., l'assurance doit être annulée, et c'est un cas de ristourne.

Mais lorsque le ristourne est invoqué dans ce cas par un assureur, et qu'au lieu de faire une preuve il invoque la présomption dite de la *lieue et demie par heure*, doit-on l'appliquer indistinctement et au cas de perte et au cas d'avarie? On pourrait dire que l'effet de cette présomption étant de poser comme un fait certain que l'assuré a connu l'événement, peu importait qu'il fût de nature à donner lieu au délaissement ou à une simple action en avarie; qu'en gardant le silence sur un fait qu'il est présumé avoir connu, il

a dissimulé l'état réel des choses assurées, et, par cela même, opéré la dissolution du contrat. Ces raisons ne nous paraissent pas décisives cependant : il ne faut pas étendre d'un cas à l'autre une présomption rigoureuse; elle doit être étroitement limitée dans ses expressions; l'événement qui donne lieu au délaissement a un caractère d'importance qui peut lui donner une publicité plus éclatante qu'à celui qui ne produit que des avaries; d'ailleurs, une solution contraire aurait pour conséquence d'appliquer la présomption à toute avarie, quelque peu importante qu'elle fût, ce qui amènerait des entraves dans le contrat d'assurance.

Une autre cause incontestable de ristourne est le défaut de chargement des choses assurées sur le navire désigné : quand même on en chargerait d'autres, et que ce navire ferait le voyage annoncé dans la police, la dissolution du contrat aurait lieu. A cet égard, comme on l'a vu n° 870, le contrat d'assurance est de droit strict. Si on a fait assurer *tels* objets chargés dans *tel* navire, et qu'on ne les y ait pas réellement placés, l'existence d'autres objets, quel qu'en puisse être le prix, ne rend point le contrat valable. Il importerait peu que les choses chargées fussent des matières avec lesquelles pourraient être fabriquées celles que désigne le contrat, ou des choses qui se composent avec les matières désignées au contrat; par exemple, qu'une assurance ayant été faite sur de la farine, on eût chargé du blé, ou qu'une assurance ayant été faite sur des laines, on eût chargé des pièces de draps; le blé converti en farine, la laine convertie en drap, sont, comme nous l'avons vu n° 155, des espèces nouvelles.

Mais, par suite de ce que nous avons ajouté, il en serait autrement d'une assurance faite sur du blé désigné en sacs, et qui se trouverait simplement entassé dans le navire. On pourrait même aller, par suite de ce principe, jusqu'à dire que, si une assurance avait été faite sur des lingots d'or ou d'argent, l'assuré qui les aurait convertis en vaisselle, en piastres, ou en quadruples, ne serait pas censé avoir substitué une chose à une autre, parce que la vaisselle, les piastres ou quadruples peuvent facilement se réduire en lingots, et que la matière ne change pas.

Quand même on aurait chargé ce qui a été indiqué, il n'y a point encore de choses exposées à des risques, si le voyage n'a pas lieu. Ce que nous avons dit n° 775, doit empêcher de confondre le commencement du voyage avec celui des risques. Si l'on avait stipulé, par exemple, que les risques sur le corps commenceront depuis que le navire aura pris charge, la prime serait acquise à l'assureur, quoique le voyage fût rompu avant la mise à la voile, si déjà le navire avait pris charge. Mais si l'assurance ne portait que sur les risques qu'un navire parti de Bordeaux, et destiné pour la Martinique, aurait à courir, depuis les îles Canaries jusqu'au lieu de sa destination, il y aurait ristourne si le voyage se terminait aux Canaries.

La rupture du voyage a lieu, non-seulement quand le navire ne part pas, mais encore quand il part pour une autre destination que celle qui avait été déterminée par la police, quand même le port de cette destination serait plus proche que celui de la première : par exemple, si un navire en armement à Bordeaux, destiné pour Cadix, faisait voyage pour La Rochelle.

Il peut être quelquefois incertain, si le voyage a été totalement changé, ou simplement s'il n'a été que rompu depuis qu'il est commencé : et ce que nous avons dit n°s 676 et suivants, fait sentir la différence de l'un à l'autre cas. Dans l'exemple ci-dessus donné, le fait parle de lui-même; car un navire armé à Bordeaux avec destination pour Cadix, ne fait pas un seul moment, lorsqu'il se rend à La Rochelle, une partie de la route qui conduit à sa destination. Mais si un navire a dû partir de La Rochelle pour Cadix, et qu'il se rende à Bordeaux, l'incertitude est plus grande, parce que la direction est la même au commencement du voyage, et qu'on peut se demander si réellement le départ n'était pas pour Cadix, si l'entrée à Bordeaux n'a pas été une simple rupture de voyage.

Les expéditions que doit prendre le capitaine lèveront presque toujours l'incertitude. Si le navire annoncé dans un contrat d'assurance, devoir se rendre du Havre à Cadix, avait pris des expéditions pour Bordeaux, Lisbonne, etc., l'accident qui le ferait périr à peu de distance de La Rochelle, et dans la même route de destination que suivent les navires en se rendant à Cadix, ne serait pas réputé un accident à la charge de l'assureur, parce qu'il suffit que le chan-

gement soit justifié pour que le ristourne s'opère.

Il ne faut pas, toutefois, aller jusqu'au point de dire que le voyage serait rompu par cela seul que le capitaine aurait affrété le navire pour un lieu autre que celui qu'indiquait le contrat d'assurance, si cet engagement n'avait pas d'ailleurs d'exécution et si le navire prenait ses expéditions pour la destination primitivement convenue: ce n'est pas un projet non exécuté, mais le fait qu'il faut considérer.

Lorsqu'un navire a été nommément désigné, comme on l'a vu nº 811, l'assuré ne peut appliquer l'assurance à un autre, si elle était pour le corps, ni charger sur un autre si l'assurance était pour les facultés. Cette expédition d'un navire différent de celui qui a été désigné dans la police, annulerait le contrat d'une manière absolue et donnerait lieu au ristourne. On ne pourrait dire qu'il y a eu départ de l'objet assuré, quand c'est le navire; ou, s'il s'agissait des marchandises, que le lieu des risques a été tel qu'il était convenu.

Mais nous avons vu, nº 806, que s'il ne s'agissait que d'une erreur dans le nom du navire indiqué par la police, et qu'il fût néanmoins indentiquement le même, l'assureur ne pourrait pas s'en étayer, si, d'ailleurs, connaissant ce navire, il n'avait pu être trompé. Il faudrait aussi modifier la règle, si la substitution d'un navire à celui qui a été indiqué était le résultat d'une force majeure, par exemple, l'inceudie dans le port. On distinguerait alors entre l'assurance du navire et l'assurance du chargement: l'assurance du navire serait anéantie, car le navire n'existant plus, il n'y a plus lieu de le garantir, mais l'assurance sur les marchandises subsisterait si l'assuré les chargeait sur un autre navire, puisque ce serait un chargement forcé.

Par suite des mêmes principes, si l'assurance a eu lieu divisément pour des marchandises qui devaient être chargées sur plusieurs navires désignés, avec énonciation de la somme assurée sur chacun, et que le chargement entier soit fait sur un seul, ou sur un moindre nombre qu'il n'est dit dans la police, l'assureur n'est tenu que de la somme qu'il a assurée sur celui ou ceux des navires qui ont reçu les marchandises; et l'assurance est nulle par défaut de chargement à l'égard des autres.

Un exemple peut rendre cela sensible. Pierre rassure 100,000 fr. de marchandises, qui doivent être chargées par quatre portions égales, sur les navires *la Paix*, *l'Alexandre*, *le Saint-Nicolas*, *la Ville de Paris*; l'assuré charge la totalité sur *la Paix*; les quatre navires partent et périssent. L'assureur ne devra garantir que 25,000 fr., somme pour laquelle *la Paix* était assurée; il y aura ristourne pour 75,000 fr. Si l'assuré place 80,000 fr. sur *la Paix*, et 20,000 fr. sur *l'Alexandre*, l'assurance de *la Paix* ne sera toujours que de 25,000 fr. et celle de *l'Alexandre* réduite à 20,000 fr.; il y aura 55,000 fr. de ristourne.

Il importe peu que les autres navires périssent dans le même événement; en cette matière les stipulations relatives aux risques sont de rigueur. Mais si des marchandises destinées à être chargées sur plusieurs navires, étaient mises dans une seule gabare pour y être transportées, la perte de cette gabare serait pour le compte de l'assureur. En principe, comme on l'a vu nº 856, les risques des marchandises commencent à l'instant qu'elles sont sur les gabares; la convention n'a évidemment envisagé que les navires, et non le mode de les charger; l'assureur peut avoir intérêt à diviser le risque sur plusieurs navires, motif qui n'existe pas ici, l'usage étant d'employer souvent une seule gabare pour charger successivement des navires différents.

Si la police n'énonçait point la somme assurée sur chaque navire, l'assurance aurait son entier effet à l'égard de chacun de ceux sur lesquels il y a quelque chose de chargé; car l'assuré a été maître de répartir le chargement à son gré. Par cette distribution, il ne contrevient pas à la police, puisque l'assureur, en ne stipulant pas la somme qu'il entend assurer sur chacun, l'a laissé libre de régler les choses comme il voudrait.

Par une juste conséquence de ce qui vient d'être dit, il faudrait aussi reconnaître qu'il y a lieu à ristourne lorsque les choses qu'une personne a assurées l'avaient déjà été par une autre; mais il ne faudrait pas cependant s'arrêter à ce fait matériel si, lorsque l'assurance a été faite, la première avait été annulée; ce serait aux tribunaux qu'il appartiendrait d'apprécier le fait d'après les circonstances et la bonne foi de l'assuré.

873. Quelle que soit la cause qui empêche le voyage, elle donne à l'assuré le droit d'invoquer le ristourne, sans que l'assureur puisse demander à prouver que cette renonciation est de mauvaise foi, ou lui cause un préjudice notable. Quoique, dans la rigueur, on puisse opposer à celui qui, après avoir fait assurer son navire et ses marchandises, renoncerait librement à son expédition, sans justifier d'un obstacle de force majeure, la règle qu'une condition ne peut pas être purement protestative de la part de celui qui s'oblige, on a reconnu qu'il serait souvent nuisible au crédit d'un commerçant qu'on le forçât à déduire les motifs qui l'ont déterminé à abandonner une expédition pour laquelle il avait peut-être avancé des capitaux considérables. On a reconnu que son intérêt garantissait suffisamment l'assureur contre toute renonciation arbitraire. En conséquence, si le navire ou les marchandises ne partent point, même par le fait de l'assuré, le contrat est rompu et la prime n'est point due par lui. L'assureur ne peut qu'exiger demi pour cent de la somme assurée. L'intérêt du commerce maritime a dicté cette exception au droit commun.

Cette rétribution étant due, moins à titre de dommages intérêts, que comme indemnité des frais de négociation, déplacement, peines, soins, etc., ce qu'on nomme droit de signature, l'assuré ne peut s'en affranchir en prouvant que la rupture de voyage est le résultat d'une force majeure tout-à-fait indépendante de sa volonté, ou même qu'elle lui est nuisible. Les rétributions du notaire ou courtier sont aussi à sa charge.

Mais, de ce que, dans ce cas de ristourne, la bonne foi de l'assuré n'est point examinée, s'ensuit-il qu'il soit admissible, en tout temps, à l'invoquer, par exemple, comme exception, pour se dispenser de payer la prime, lorsque le navire étant arrivé à bon port, à une destination autre que celle qu'indiquait la police, il ne craint plus l'événement qui seul permettrait d'exiger la somme assurée? Au premier abord, l'affirmative ne semble pas douteuse, puisque l'assureur aurait pu lui opposer le ristourne en cas de sinistre; mais les circonstances doivent être considérées. Celui qui fait assurer des choses dans un lieu fort éloigné, peut croire de bonne foi que l'expédition s'effectuera telle qu'il l'a annoncée à l'assureur, et doit même après l'événement, être admis à exciper du ristourne : au contraire, celui qui, demeurant à Bordeaux, y ferait assurer des marchandises sur un navire où il n'aurait aucun intérêt, ou qui l'expédierait pour un autre voyage, et n'exciperait du ristourne qu'après l'heureuse arrivée pour se dispenser de payer la prime entière, ou pour en réclamer la restitution, devrait être déclaré non recevable. Il serait même à désirer qu'une telle conduite fût assimilée à la fraude de celui qui, sciemment, fait assurer après l'événement, ou au-delà de ce qu'il a réellement chargé.

A plus forte raison, l'assuré qui, dans la police, a déclaré avoir lui-même chargé les marchandises, serait de son chef non recevable à soutenir qu'il n'a rien chargé. C'est aussi par le même motif que le porteur d'une police d'assurance, *pour compte de qui il appartiendra*, dont nous avons parlé n° 801, n'est point admis à invoquer le ristourne. Son droit ne dérive pas de la seule détention de la police, mais de cet acte joint au connaissement représenté. Ce connaissement fait preuve du chargement; il n'y a donc aucun moyen de prétendre que ce chargement n'a pas été fait, sans attaquer la vérité du connaissement, ce qui ne peut être permis à l'assuré, comme on l'a vu n° 832.

874. Le droit de demander le demi pour cent est accordé à l'assureur, en vertu de sa bonne foi présumée : mais si la nature même de l'assurance prouvait qu'elle n'a pas existé; s'il avait assuré des choses que nous avons vu, nos 765 et suiv., ne pouvoir être la matière du contrat d'assurance, la nullité absolue de la convention ne permettrait pas qu'elle eût un effet quelconque pour le paiement de ce demi pour cent. A plus forte raison, quand le ristourne a lieu pour fraude de l'assureur, qui connaissait ou qui était présumé connaître la cessation des risques, ou qui serait jugé avoir voulu faire une gageure en assurant ce qu'il savait ne point ou ne pas devoir exister.

§ II. *Du Ristourne pour insuffisance des choses mises en risques.*

875. De même qu'il peut y avoir lieu à un ristourne total lorsqu'il n'y a pas de choses mises en risques; de même il peut y avoir lieu à un ristourne partiel si la totalité des choses annoncées dans la police n'a pas été

chargée, ou lorsqu'elle a été diminuée en route par des déchargements partiels autorisés, ou lorsque les choses ont été évaluées à un prix supérieur au véritable. Mais on ne doit pas s'arrêter à des différences qui n'auraient rien d'important, ou à de faibles inégalités. Un tel scrupule ne servirait qu'à occasionner des procès : ce point est laissé à la prudence du tribunal.

Lorsque l'assurance porte, à la fois, sur le navire et sur le chargement, il faut se reporter à ce que nous avons dit n° 761.

On peut encore placer, parmi les cas de ristourne, celui où l'assurance ayant été faite à prime liée, l'assuré ne fait pas de retour, et où la prime éprouve une réduction du tiers, comme nous l'avons vu, n° 864; mais dans ce cas particulier, l'assureur ayant droit aux deux tiers de la prime, pour une moitié de voyage, on ne lui accorde point demi pour cent sur le montant de la réduction.

En général, le droit de demander le ristourne appartient à l'assureur et à l'assuré. Mais lorsque celui-ci est de mauvaise foi, l'assureur seul peut invoquer le ristourne : lorsqu'il y a fraude de la part de l'un ou de l'autre, ils sont également non recevables à l'invoquer; et enfin, lorsqu'il y a seulement erreur de la part de l'assuré, le droit de l'invoquer est réciproque.

Ce sera l'objet des trois articles suivants.

ART. I. *De l'insuffisance résultant de la fraude de l'assuré.*

876. Nous avons vu, n°s 829 et suiv., quelles justifications l'assuré était obligé de faire, et le droit que l'assureur avait de les contester, en soutenant que la quantité ou la valeur des choses mises en risques n'égalait pas celle déclarée dans la police, ou la somme pour laquelle l'assureur s'était engagé.

Il est donc important de distinguer si l'insuffisance alléguée par l'assureur consiste dans une quotité de chargement moindre que celle qui a été annoncée, ou dans une évaluation excessive donnée aux choses dont la quantité déclarée aurait été réellement chargée. Au premier cas, lors même que la police aurait dispensé l'assuré de justifier le chargé, l'assureur a, comme on l'a vu n° 832, droit d'exiger le serment de l'assuré; et même au lieu de recourir à cette ressource, il peut prouver qu'il n'y a pas eu de chargement, ou que le chargement était insuffisant. Au second cas, si la police contient l'évaluation des choses assurées, ce qui, comme on l'a vu n° 820, dispense l'assuré de faire opérer cette évaluation, l'assureur a toujours droit de la requérir. Il ne doit pas cependant y être admis, lorsque l'évaluation ne s'éloigne pas sensiblement du cours qu'avaient les choses assurées, ou du prix qu'elles eussent pu être vendues lors de l'assurance.

Il ne faut pas croire que pour obtenir justice dans ce cas il soit obligé de prouver qu'il y a eu fraude personnelle de l'assuré, c'est-à-dire appréciation exagérée, faite avec intention de tromper l'assureur. Il n'est pas impossible qu'un assuré ait, même de très-bonne foi, donné à des marchandises une évaluation supérieure à la valeur réelle. La seule différence consiste en ce que s'il est de mauvaise foi, il ne peut invoquer le ristourne, tandis qu'il le peut s'il est de bonne foi. Mais comme une règle établie pour prévenir la fraude, ou la lésion, ne doit pas être une occasion de chicane, c'est aux tribunaux à se décider d'après les circonstances.

La réduction se fait alors à la valeur des objets qui ont été effectivement chargés dans les termes de la convention. A défaut d'accord entre les parties, des experts font l'évaluation, suivant le prix exact des objets assurés au lieu du départ, sans autre addition que les frais de transport, droits de douanes et tous autres déboursés faits, avant le chargement des marchandises dans le navire, ou pour ce chargement, et sans aucune considération de convenance ou d'affection qui influe quelquefois dans le prix de vente.

Lorsque, par le résultat de ces exceptions et vérifications, il est reconnu que l'assuré a trompé l'assureur, le ristourne peut être demandé par ce dernier, qui n'est point obligé de remplir les engagements résultant de la police, et qui cependant conserve ou peut exiger la prime entière qui lui a été promise, et même exercer, contre l'assuré, des poursuites civiles et criminelles. Cet assuré ne pourrait exciper de la fraude prouvée contre lui, ou dont il viendrait faire l'aveu, pour se dégager, dans le cas où l'assureur n'ayant pas demandé de ristourne, exigerait, après l'heureuse arrivée, le paiement de la prime, ou voudrait la conserver. Le droit d'exciper d'une fraude n'appartient qu'à celui qui en

est la victime. Il s'ensuit que l'assureur aura eu la double chance, dans le cas d'heureuse arrivée, d'exiger la prime, et, en cas de sinistre, de s'affranchir des risques : mais c'est une juste peine contre l'assuré qui est en fraude.

Au surplus, la fraude ne se présumant point, si un assuré, comme nous verrons dans l'article suivant qu'il en a le droit, invoquait le ristourne pour insuffisance de chargement ou pour évaluation trop forte des choses assurées, son adversaire qui voudrait le repousser, devrait prouver que cet assuré savait ou devait savoir, au moment du contrat, que l'assurance excédait la véritable valeur ou la véritable quantité. L'assuré pourrait, de son côté, se justifier en démontrant que le déficit dans le chargement, ou l'excès dans l'évaluation, provient de quelque erreur. Si l'assurance a été faite dans un lieu autre que la demeure de l'assuré, et par quelque intermédiaire, on présume aisément qu'il n'y a point eu de fraude. La justification serait plus difficile pour un assuré qui aurait personnellement négocié la convention.

Néanmoins, on présume toujours la fraude contre celui qui aurait fait assurer des effets déjà affectés à un prêt, ou qui, ayant fait faire des assurances sur un chargement assuré, n'aurait pas, en délaissant aux assureurs, fait les déclarations à l'aide desquelles ceux-ci puissent vérifier si le prêt et l'assurance réunis, égalent ou excèdent la valeur de ces objets.

ART. II. *De l'Insuffisance résultant de la fraude commune à l'assureur et à l'assuré.*

877. Le dol pourrait être de la part des deux contractants ; par exemple, ils auraient pu, l'un faire assurer, l'autre assurer, comme valeur de 100,000 fr. ce qu'ils savaient n'en pas valoir 20,000. Une telle assurance n'étant plus alors qu'une gageure, un jeu, pour lesquels il n'y a pas d'action, c'est par la règle générale du droit commun, expliquée n° 178, qu'il faudrait se décider. Ainsi, lorsqu'en cas de perte du navire, indiqué porteur des marchandises qu'on a supposé chargées, l'assuré viendra demander 100,000 fr., l'assureur pourra exiger qu'il prouve la vérité de ce chargement et de cette évaluation ; ou si elle est portée dans la police, il sera admis à la contester, comme on l'a vu nos 852 et 876. L'assuré ne sera pas fondé à s'y refuser, sous prétexte qu'ils ont voulu faire une gageure, quand même il en aurait l'aveu écrit de son adversaire, la loi n'accordant point d'effets à une telle convention : le ristourne aura donc lieu. De même, lorsqu'en cas d'heureuse arrivée, l'assureur demandera le paiement de la prime, l'assuré aura droit de justifier qu'il n'a pas été fait de chargement, et l'assureur ne pourra s'opposer au ristourne, sous le même prétexte de gageure. Mais celui des deux qui aura payé sans réclamation, ne pourra rien répéter, puisque son action ne serait fondée que sur l'allégation d'une fraude dont il s'est rendu coupable.

ART. III. *De l'Insuffisance résultant de la simple erreur.*

878. Il pourrait arriver que, sans fraude de l'assuré, la totalité des choses assurées n'eût point été chargée, ou qu'elles n'eussent pas une valeur égale à la somme portée dans la police. Le contrat est valable jusqu'à concurrence de la valeur réelle des objets chargés dans le navire. Le ristourne peut alors être demandé par l'assuré, auquel l'assureur ne peut opposer que, le voyage étant terminé, et le navire arrivé heureusement, il doit profiter de la chance, sous prétexte qu'il était probable, qu'en cas de perte, l'assuré n'eût pas excipé du ristourne.

L'assurance est réduite à la valeur véritable des choses chargées ; et l'assureur ne reçoit, ou, s'il a reçu, ne conserve la prime que dans la même proportion. Mais il lui est dû demi pour cent sur le montant de la réduction. Par exemple, Pierre a assuré le chargement de Paul, évalué 10,000 fr., à 10 pour cent de prime : le ristourne réduit l'assurance à 8,000 fr. ; Pierre ne garantit la perte que jusqu'à cette somme ; il ne reçoit que 800 fr. de prime, et sur les 2,000 fr. de différence entre la valeur assurée et l'estimation, il lui est dû 10 fr., demi pour cent de 2,000.

§ III. *Du Ristourne en cas de plusieurs assurances sur le même objet.*

879. Nous avons vu, nos 767 et 795, que des objets pouvaient être assurés par diverses personnes, chacune pour une somme

distincte. C'est principalement dans ce cas, que le ristourne a lieu le plus fréquemment. Par exemple, un commerçant veut faire assurer 30,000 fr. sur les facultés de *tel* navire; il charge de cette opération un courtier d'assurance, qui dresse la police et se procure des assureurs. Un premier garantit pour 10,000 fr., un second pour 8,000 fr., un troisième pour 7,000 fr., et un quatrième pour 5,000 fr. Il se trouve que, sans qu'il y ait de fraude de la part de l'assuré, son intérêt dans le chargement ne monte qu'à 25,000 fr.; il y a donc lieu au ristourne pour les 5,000 fr. excédant.

Alors il est important d'examiner comment les assurances ont été faites. Plusieurs personnes peuvent avoir assuré ensemble, par un engagement commun : dans ce cas, tous ces assureurs n'ont souscrit qu'une même assurance; et, d'après ce que nous avons dit n° 182, leur engagement n'est pas différent de celui qu'une seule personne aurait contracté. Il est réduit en masse, sauf ensuite à se régler entre eux proportionnellement à leur intérêt.

Plusieurs personnes peuvent, comme nous venons de le dire, avoir donné des assurances séparées et successives, mais qui ont la même date, ou qui, d'après la règle présentée n° 795, sont présumées du même jour; ou enfin ces assurances successives peuvent avoir des dates différentes.

Dans le premier cas, chaque assurance est réduite proportionnellement, par voie de répartition au marc le franc. Dans le second cas, on a égard à l'ordre de date des polices ou des signatures, sur la même police. Si la première assurance couvre l'entière valeur de l'intérêt de l'assuré, les polices subséquentes sont annulées, et les assureurs qui les ont signées, dégagés de toute obligation, doivent rendre la prime, ou ne peuvent l'exiger : seulement ils reçoivent demi pour cent du montant de leur assurance, à titre d'indemnité. Si la première police ne suffit pas pour couvrir l'entière valeur des effets chargés, la seconde subsiste jusqu'à concurrence de l'excédant, et ainsi de suite.

Ces bases de réduction ne s'appliquant qu'au cas où les assurances de dates successives sont pour des sommes déterminées, il en serait autrement si elles avaient eu lieu pour des portions aliquotes. Par exemple, un commerçant a fait assurer par une première police, la moitié de son chargement, évalué 100,000 fr.; par une seconde, un quart, évalué 50,000 fr.; et enfin, par une troisième, le dernier quart, évalué aussi 50,000 fr.; la valeur effective du chargement total n'est que de 150,000 francs : il y a lieu au ristourne pour un quart sur chaque police. On sent aisément les motifs de cette différence.

Nous avons vu, n° 271, que si des choses assurées étaient vendues, les droits résultant de l'assurance étaient compris dans la vente, et que la police subsistait au profit du nouveau propriétaire. Il suit de là que les assurances qu'il aurait fait faire, dans l'ignorance des premières, tomberaient en ristourne, si, jointes aux premières, elles excédaient la valeur des effets assurés.

880. Les ristournes des assurances qui excèdent la valeur réelle des choses assurées, ont lieu quand même quelques causes étrangères annuleraient les premières polices. Ainsi, la faillite d'un assureur, premier en date, qui donnerait lieu à la résolution de la police, dans le cas prévu nos 828 et 864, n'intervertit en rien l'ordre que nous venons de tracer; le ristourne n'aurait pas moins lieu à l'égard des derniers assureurs, comme si les premiers n'étaient pas devenus insolvables. L'assuré ne pourrait même, dans aucun de ces cas, réclamer, pour son découvert, le bénéfice des assurances caduques. S'il s'était fait assurer la solvabilité du failli, ou s'il s'était procuré une nouvelle assurance, ces réassureurs ou cautions seraient placés au rang du failli.

881. Nous avons vu, nos 760 et 851, que si on avait fait assurer une partie aliquote, par exemple, la moitié, les trois quarts d'une chose, le reste formait un découvert pour lequel l'assuré était réputé son propre assureur, il pourrait se faire que l'évaluation donnée à la totalité de cette chose étant erronée, il y eût lieu au ristourne. Il est évident qu'on y procéderait comme si la chose avait été assurée en entier par plusieurs assureurs.

Nous avons vu également, nos 760 et 779, qu'en vertu de la clause de *faire échelle*, l'assuré avait droit de faire des déchargements et rechargements en route; et il peut arriver que, par l'effet de ces opérations, les objets assurés ne se trouvassent plus être en quotité ou en valeur égale à ce qui a été assuré. A chaque déchargement, le risque est censé avoir été diminué propor-

tionnellement dans l'intérêt de chaque assureur, quelle que soit la date des polices. Il en serait autrement, si la valeur du chargement avait été inférieure dans le principe au montant total des assurances; car dans ce cas, il y a lieu au ristourne, à l'égard des dernières, jusqu'à due concurrence.

882. L'application de ce qui vient d'être dit peut être rendue sensible par quelques exemples.

Premier exemple.

Par une première police, Pierre fait assurer sur le corps d'un navire. 10,000 fr.
Par une seconde police, il fait assurer sur corps et facultés. 20,000
Par une troisième, il fait assurer sur facultés. 10,000

Total. . . 40,000 fr.

Son intérêt se trouve, quoique sans fraude de sa part, n'être sur le corps que de . . . . 10,000 fr.
Et sur facultés, que de . . 10,000

Total de ce qui a été exposé aux risques. . . . . . . 20,000 fr.

La première police subsistera en entier, et embrassera tout l'intérêt de Pierre sur le corps du navire; la seconde police absorbant l'entier intérêt qu'il avait sur les facultés, l'autre moitié de cette seconde police et la troisième seront caduques, et tomberont en ristourne.

Second exemple.

Par une première police, Pierre fait assurer sur corps et facultés. . 20,000 fr.
Par une seconde, il fait assurer sur corps. 10,000

Total. . . . 30,000 fr.

Son intérêt sur le corps est de 20,000 fr.; et il n'a rien sur les facultés.

La première police subsistera en entier, et la seconde sera caduque.

Troisième exemple.

Par une première police, Pierre fait assurer sur facultés. . . . . 10,000 fr.
Par une seconde, il fait assurer sur corps. 10,000
Et par une troisième, sur corps et facultés. 20,000

Total. . . . 40,000 fr.

Il n'a chargé aucune marchandise, mais sa part, dans le corps du navire, est de 30,000 fr.

La première police sera caduque; les deux autres seront valables pour la totalité, puisqu'elles n'excèdent pas 30,000 fr.

SECTION II.

Du Ristourne pour déclarations fausses ou erronées.

883. Nous avons vu dans ce qui a précédé, et notamment n° 823, que l'assureur avait intérêt à connaître et droit d'exiger qu'on lui déclare tous les risques auxquels il s'expose en s'obligeant. Lui dissimuler quelque circonstance qui pourrait changer l'étendue de ce risque ou en diminuer l'opinion, ce serait lui faire supporter des chances dont il ne voulait peut-être pas se charger, ou dont il ne se fût chargé qu'à des conditions différentes; ce serait en un mot le tromper. La nature du contrat ne permet même pas qu'on distingue entre le cas où la fausse déclaration serait le résultat du dol, ou d'une erreur sans mauvaise foi. Dans l'une et l'autre position, la police n'offrant plus le concours des volontés sur le même objet qui est de l'essence de tout contrat, il n'en existe plus. Peu importe que les choses périssent par un événement sur lequel les circonstances dissimulées n'auraient pas influé; l'assureur serait toujours autorisé à répondre qu'il n'a assuré que *tel* risque, et que ce risque a été changé. Par exemple, si la circonstance que le navire est armé en guerre avait été dissimulée à l'assuré, bien que le navire ne périt pas par suite d'un combat, ou ne fût pas enlevé par prise ou autres risques particuliers auxquels sa destination l'assujettissait, et qu'il périt par tempête ou autres événements maritimes.

auxquels tous les navires sont exposés, l'assurance ne devrait pas moins être annulée, sans que l'assuré fût recevable à requérir la confirmation du contrat, en offrant un surcroît de prime, ou à consentir que l'assureur ne soit tenu aux risques que dans la latitude de ceux dont le charge la police par lui souscrite, et à courir la chance de tous ceux dont les circonstances dissimulées ont pu être le principe; l'assureur n'en serait pas moins recevable à requérir la nullité de l'assurance. Il est fondé à dire qu'il n'aurait pas souscrit la police s'il eût été instruit des circonstances essentielles qui lui ont été dissimulées. Son intention avait été de se soumettre aux seuls risques dont il s'était rendu responsable, il a été trompé : cela suffit pour que le contrat soit nul dès son principe. Ainsi, une différence entre l'époque du départ du navire indiqué dans la police et la véritable doit annuler le contrat, soit qu'il ait eu pour objet d'assurer le chargement, soit qu'il n'ait assuré que le corps : ainsi dans une assurance sur le corps, une différence sur le tonnage peut paraître assez grave pour annuler le contrat [1]. Il en est de même lorsqu'on a annoncé comme neutre ou amie la propriété qui appartenait à des belligérants; l'assureur qui a droit, dans ce cas, suivant l'exception que nous avons prévue nos 801 et 866, de rechercher les véritables caractères de la propriété assurée, peut se refuser à réparer un dommage dont on lui a pas fait connaître toutes les chances, ce qui n'empêche pas que, dans son intérêt, la police ne soit valable, et, par conséquent, la prime acquise à son profit.

Peu importe que, comme on l'a vu no 785, on ait assuré sur bonnes ou mauvaises nouvelles; cette clause ne dispense pas l'assuré de déclarer ce qu'il sait.

Nous avons, à l'aide de ces principes, décidé, no 810, quel serait le sort d'une assurance faite le 1er avril à Paris, ou dans un port quelconque, sur le corps d'un navire déjà en mer, avec clause que les risques de l'assureur ne commenceront que le 10 avril, si, par l'événement, il était reconnu qu'entre le 1er et le 10 avril, le navire avait éprouvé des accidents tels que sa perte était devenue inévitable, quoique, dans le fait, il n'eût péri que quelques jours seulement après le 10 avril [2].

La même question pourrait se présenter à l'occasion du chargement assuré sur ce navire; et quoiqu'on puisse dire que, faute de s'être expliqué, l'assuré est censé avoir promis que les marchandises qu'il fait assurer n'étaient ni péries, ni en état imminent de perte, occasionné par des accidents antérieurs au jour où les risques de l'assureur ont commencé, nous pensons que dans ce cas, comme dans celui qui concerne le navire, le ristourne ne pourrait être invoqué.

Ce que nous avons dit, no 792, ne permettrait pas que l'assuré, dans le cas où l'assureur invoque contre lui le ristourne fondé sur des déclarations fausses ou erronées, fût admis à prouver par témoins qu'il a déclaré verbalement à l'assureur les faits non énoncés dans la police, ou dont la connaissance n'est pas avouée par ce dernier. Il n'aurait d'autres ressources que de lui déférer le serment; et, par conséquent, il n'en pourrait user contre un porteur par endossement, à moins qu'il ne prétendît qu'il a eu aussi connaissance personnelle de ces faits.

Du reste, l'appréciation des circonstances guiderait seule les tribunaux pour juger si un assureur savait ou pouvait savoir ce qu'il prétend lui avoir été dissimulé, et quelle influence ce qu'il dit avoir ignoré aurait pu avoir sur sa détermination [3]; car il faut que les différences entre les énonciations et les faits véritables soient d'un intérêt quelconque. Ainsi, lorsqu'on a fait assurer le corps d'un navire, qu'on annonce devoir aller prendre un chargement à *tel* lieu de relâche, si le navire ne charge point et périt en continuant sa route, l'assurance ne pourra être annulée sous ce prétexte.

884. Ce qui vient d'être dit s'applique à bien plus forte raison aux cas où l'assuré s'est rendu coupable de simulation ou de faux. Ainsi, il y a simulation lorsqu'on présente un navire comme étant d'une nation autre que celle à qui il appartient réellement; et cette fausse déclaration prend le caractère de faux, si, pour l'appuyer, de fausses énonciations sont insérées dans les pièces de bord.

1 Rejet, 16 déc. 1823.

2 L'auteur, après avoir de nouveau examiné la question, a abandonné l'avis qu'il avait embrassé sur ce point dans la précédente édition.

3 Rejet, 16 déc. 1823. — Rejet, 7 déc. 1824. Dalloz, t. 3, p. 66.

La partie lésée a le droit, ou de rendre une plainte par l'effet de laquelle le ministère public peut requérir les condamnations que prononcent les lois [1], selon que le fait se trouvera classé parmi les crimes ou délits; ou d'agir simplement en dommages et intérêts devant les tribunaux civils; mais il est bien évident que l'intention de léser, sans laquelle il ne peut y avoir de crime, de délit, de dol ou de fraude, doit être prouvée, parce qu'on ne la suppose point.

885. L'assureur ne cesse pas d'être recevable à dénoncer les suppositions faites dans l'intention de le léser, lorsqu'il a visé les connaissements dans lesquels la supposition a été commise, ou que ces connaissements ont été relatés dans les polices d'assurance qu'il a souscrites. Pour montrer qu'il n'y a pas eu supposition, il ne suffit pas de dire que celui avec qui on traitait a vu et a connu l'acte dans lequel la supposition était commise : il faudrait prouver qu'il a su que les choses n'étaient pas telles que cet acte les énonçait. Par exemple, si un assureur se plaignait de ce qu'on a désigné dans une police d'assurance, et dans les connaissements qui s'y référaient, des balles comme contenant du coton, tandis qu'elles ne contenaient que du chiffon ou de la bourre, l'assuré pourrait détruire l'odieux et la criminalité du reproche, en prouvant que l'assureur savait que les balles ne contenaient effectivement que du chiffon ou de la bourre, et que volontairement il a consenti qu'on énonçât, dans les connaissements et la police, du coton comme chose assurée. Le ristourne aurait lieu alors suivant les principes expliqués n° 878; mais il n'y aurait pas supposition criminelle, pourvu d'ailleurs, qu'elle n'eût pas pour but de tromper un tiers.

886. Au contraire, lorsque l'assuré s'est présenté à l'assureur avec des connaissements indiquant des marchandises d'une espèce et d'une qualité auxquelles il a pu et dû croire, si cet assureur parvient à prouver que, dans la réalité, des choses autres que les marchandises désignées aux connaissements, des choses sans véritable valeur, ou du moins d'une valeur infiniment au dessous de celles que les connaissements et la police attribueraient aux objets désignés comme aliment de l'assurance, ont été chargées, l'assuré ne peut se retrancher dans une fin de non-recevoir fondée sur ce qu'en visant les connaissements, en les relatant dans les polices, l'assureur est réputé avoir bien connu les choses telles qu'elles étaient.

Par la nature même du contrat, l'assureur est admis non-seulement à contester les preuves produites par l'assuré pour justifier son chargement dans le navire, mais encore à faire preuve contraire, tant par titres que par témoins; et on ne pourrait même exciper contre lui, comme preuve qu'il ne lui serait pas permis d'arguer des procès-verbaux de douanes, fussent-ils assermentés, qui constateraient le chargement prétendu [2]. Il n'en est point de l'assurance comme de la vente. Il est de la nature du contrat de vente que l'acheteur voie ou vérifie ce qu'on lui vend, et, à plus forte raison, qu'il ne soit plus recevable à attaquer le contrat, sous prétexte qu'il aurait été trompé dans la qualité de la chose, dès qu'il en a pris livraison, sauf le cas particulier de l'action rédhibitoire pour les causes qui la font admettre, et dans le bref délai fixé par la loi. Il est, au contraire, de la nature du contrat d'assurance que l'assureur s'en tienne aux déclarations qui lui sont faites, qu'il ne les vérifie point au moment où il souscrit la police, mais qu'il soit réputé contracter sous la foi de leur vérité, sous la condition que tout ce qu'on lui déclare est exat, sous la réserve de faire annuler l'assurance, et même de poursuivre, par voie criminelle, les suppositions qu'on se serait permises à son égard.

L'assuré qui les commet se rend coupable de faux en écritures privées commerciales; car on ne peut se refuser de mettre au rang des certificats, les connaissements à qui la loi commerciale donne le nom générique d'attestations ou actes justificatifs de chargement; et la falsification ou fausseté dans un certificat, faite dans la vue de tromper autrui, est un faux.

Si les circonstances ou tous autres motifs ne permettaient pas d'y voir un faux, il y aurait évidement escroquerie; car à moins de dénaturer toutes les notions, il est impossible de ne pas avouer que celui qui, pour engager un assureur à lui promettre *telle* somme, si *tels* objets qu'il désigne périssent, suppose que ces objets sont chargés, ou en substitue d'autres de moindre valeur, dans

[1] Rejet, 17 août 1821.

[2] Rejet, 4 août 1829.

la vue de se faire payer, à l'événement, le prix promis sur la foi de sa fausse déclaration, emploie des manœuvres frauduleuses pour escroquer tout ou partie de la fortune de l'assureur.

L'assuré ne serait pas mieux fondé à exciper qu'ayant été poursuivi en banqueroute frauduleuse, et l'allégation de ce faux chargement ayant été un des éléments de la poursuite, son acquittement prononcé par les jurés établit une fin de non-recevoir fondée sur l'autorité de la chose jugée, contre la poursuite civile de l'assureur [1]. Nous en avons suffisamment expliqué les motifs n° 264.

TITRE VI.

DU CONTRAT A LA GROSSE.

887. On nomme *contrat à la grosse,* un prêt fait sur des objets exposés à des risques maritimes, avec convention que si ces objets arrivent heureusement, le prêteur, ordinairement appelé *donneur,* sera payé de son capital, et d'une somme déterminée pour profits maritimes, ou que si, par accidents de la navigation, ces objets périssent ou sont détériorés, il ne pourra rien demander au-delà de ce qu'ils se trouveront valoir.

Le contrat de prêt à la grosse a de grands rapports avec l'assurance maritime. Dans l'un, le prêteur est chargé des risques, et dans l'autre, c'est l'assureur. Dans l'un, le profit, dans l'autre, la prime, sont le prix de risques maritimes qui sont supportés d'après les mêmes principes, et peuvent être modifiés de la même manière. Le taux de ces profits ou de cette prime est plus ou moins élevé, suivant la durée et la nature des risques ou la convention. L'un et l'autre contrats ne produisent les effets qui leur sont propres qu'autant que les objets affectés au prêt ou assurés, ont été exposés à des risques maritimes, que les mêmes circonstances, les mêmes événements, font commencer et finir.

888. Mais si l'on rencontre cette conformité entre ces deux contrats, on doit aussi remarquer plusieurs différences. Dans le contrat à la grosse, le prêteur fournit réellement une certaine somme : dans celui d'assurance, l'assureur ne fournit rien ; au contraire, il reçoit une prime qui, souvent, lui est payée à l'instant de la convention, et qui, lors même qu'elle n'est pas payée comptant, est une créance certaine, qu'il peut céder ou se faire garantir. C'est ce qui fait que les profits maritimes sont toujours fixés à un taux proportionnellement plus élevé que les primes d'assurance, et que, comme nous l'avons déjà dit n° 855, ce dernier contrat est bien plus commun et bien plus utile. Dans le prêt à la grosse, il faut des choses susceptibles d'être la matière d'un gage ; dans l'assurance, il suffit de pertes possibles. Le prêteur à la grosse, en se chargeant des risques que courent les choses sur lesquelles il prête, ne contracte aucune obligation envers l'emprunteur ; l'assureur s'oblige envers l'assuré à l'indemniser des pertes qu'il pourra essuyer, jusqu'à concurrence de la somme assurée.

889. C'est de là que dérivent la plupart des différences que nous remarquerons entre ces deux contrats. Elles existent principalement en ce qui concerne leur exécution et l'application de la règle que tout demandeur doit établir son droit. Dans le prêt à la grosse, le prêteur qui s'est dessaisi de son argent, ne pouvant l'exiger avec les profits convenus, qu'au cas d'heureuse arrivée doit prouver cet événement ou toute autre cause légitime d'exigibilité. L'emprunteur n'ayant rien à demander, n'est assujetti à aucune diligence pour lui faire connaître les sinistres et autres accidents qui pourront lui servir d'exceptions : il suffit que lorsqu'il sera attaqué, il en fasse justification ; s'il doit s'en procurer la preuve, c'est dans l'intérêt de ses exceptions. Dans le contrat d'assurance, l'assureur ayant promis d'indemniser l'assuré de ses pertes, c'est ce dernier qui est demandeur : c'est donc à lui de les justifier par des actes, dans les délais déterminés : l'assureur n'agit point, il attend et fondera ses exceptions sur l'insuffisance, l'irrégularité, ou la tardiveté des preuves rapportées par l'assuré.

Ce titre sera divisé en cinq chapitres. Le premier traitera des principes généraux sur le contrat à la grosse ; le second, de ses formes ; le troisième, des droits et actions du prêteur contre l'emprunteur ; le quatrième, des droits et exceptions de l'emprunteur con-

[1] Rejet, 15 mai 1823.

tre le prêteur; le cinquième du ristourne ou dissolution du contrat par défaut ou insuffisance de choses mises en risques.

CHAPITRE PREMIER.

Principes généraux sur le Contrat à la grosse.

890. La définition que nous avons donnée du contrat à la grosse, nº 887, établit suffisamment qu'il ne peut en exister s'il n'y a une chose prêtée, s'il n'y a des objets affectés à la sûreté de ce prêt, si ces objets ne sont exposés à des risques, si le prêteur n'a pas droit à un profit qui puisse être l'équivalent de l'intérêt de son capital et des risques dont il se charge.

Ce peu de mots indique la distribution de ce chapitre en quatre sections.

SECTION PREMIÈRE.

Des Choses qu'on peut prêter à la grosse.

891. Les principes généraux que nous avons donnés, nºs 470 et suiv., sur le prêt commercial, s'appliquent au prêt à la grosse: ainsi on peut prêter à la grosse non-seulement de l'argent, mais toute espèce de choses appréciables. Il n'est pas contre l'essence et la nature de ce contrat, que l'emprunteur reçoive des effets ou des marchandises, qu'il convertit en argent; mais dans la réalité, ce sont moins ces choses, que leur prix, qui font la matière du contrat. Cette observation suffit pour ne pas confondre un prêt à la grosse, avec la convention par laquelle on confierait à des gens de mer le transport et la vente de marchandises, moyennant une part dans le profit, ou toute autre indemnité, et qui forme, suivant la nature des clauses, ou une commission, ou un contrat de revente à profit commun, ainsi que nous l'avons vu nº 702.

On sent, du reste, qu'il faut que les choses prêtées à la grosse soient de nature à se consommer ou, si elles n'en étaient pas susceptibles, que la convention donne à l'emprunteur le droit d'en disposer, sans être tenu de les rendre en nature. Ce n'est pas qu'on dût n'accorder aucun effet à la convention, par laquelle des objets seraient livrés à une personne pour n'en avoir que l'usage, les rendre s'ils ne périssaient pas par accidents maritimes, et payer, pour cet usage, un certain prix; mais ce serait plutôt un louage à la grosse, qu'un prêt, puisque l'emprunteur ne deviendrait pas propriétaire de la chose prêtée.

SECTION II.

Des Choses affectées à l'emprunt à la grosse.

892. Le prêt à la grosse ne pouvant exister qu'autantqu'on y affecte des choses exposées à des risques maritimes, tout ce que nous avons dit, nºs 758 et suiv., relativement à la nature, consistance et valeur des choses assurées, est applicable à ce contrat, sauf quelques modifications que prescrit sa nature particulière.

Les choses qui, par leur nature ou par les dispositions prohibitives de la loi, ne peuvent être la matière de l'assurance, tels que les profits espérés, les loyers des gens de mer, le fret à faire, ne sont pas susceptibles d'être affectées au prêt à la grosse; et celles même auxquelles le contrat d'assurance peut s'appliquer, ne peuvent pas toujours indistinctement être la matière du prêt à la grosse. Cette restriction naît de la différence qui existe entre ces deux contrats. Le prêt à la grosse, produisant l'affectation réelle des choses sur lesquelles on emprunte, exige que ces choses soient vénales; l'assurance n'ayant pour objet que de se garantir contre des risques possibles, il n'est pas indispensable que la chose qui y est exposée puisse être vendue. Ainsi, comme nous l'avons dit, nº 588, on peut faire assurer la vie ou la liberté d'un individu quoiqu'elles soient l'une et l'autre inaliénables; et ces mêmes objets ne pourraient être la matière d'une affectation à un prêt à la grosse.

Il n'est pas toutefois indispensable aussi que la chose affectée soit corporelle; on pourrait emprunter sur une créance, si elle était exposée à quelques risques maritimes qui pourraient la faire périr ou la diminuer. Tel est le fret déjà acquis, ou le profit déjà fait sur des marchandises expédiées.

893. On ne peut emprunter que sur des

choses qu'on court risque de perdre. Si déjà elles étaient garanties par un contrat d'assurance, elles ne pourraient être affectées à un prêt à la grosse. Il faut cependant entendre sainement cette prohibition; si des marchandises déjà assurées avaient une valeur supérieure à la somme pour laquelle l'assurance a été faite, l'excédant de leur valeur pourrait être affecté à un emprunt à la grosse. Il en serait de même en cas d'un emprunt préexistant.

En cas de contravention aux prohibitions portées par la loi, le prêteur qui a à s'imputer de les avoir méconnues ne peut répéter que la somme prêtée, sans aucun profit maritime, et seulement l'intérêt du jour de la demande. Si la somme empruntée l'avait été sur les salaires des gens de mer pendant la navigation, ces prêts seraient entièrement nuls, comme nous l'avons vu n° 697, à moins qu'ils ne fussent accompagnés des autorisations, et qu'ils n'eussent pour principe les causses portées dans l'ordonnance du 1er novembre 1745.

Il n'est pas nécessaire que la chose sur laquelle on emprunte soit embarquée dans le lieu du départ; il suffit, comme nous l'avons vu, nos 805 et 832, pour l'assurance, qu'elle le soit à l'instant où commencent les risques que l'emprunteur prétend faire supporter au prêteur.

Le prêteur n'a pas besoin, pour la validité du prêt, de justifier que la chose empruntée a été utilement employée. L'emprunteur, de son côté, peut employer l'argent à ce qu'il croit le plus utile à ses intérêts, le faire servir à l'achat, dans le lieu du départ, de marchandises qui sont à sa convenance, ou le prendre avec lui à bord, pour des opérations ultérieures. Dans tous ces cas, le prêt n'en est pas moins valable; il suffit, à moins de convention contraire, qu'il justifie qu'à l'instant où les risques qu'il veut mettre à la charge du prêteur, ont commencé, des choses de l'espèce indiquée, équivalentes à la somme empruntée, y étaient exposées.

SECTION III.

Des Risques.

894. Il est essentiel que le prêteur coure le risque des choses affectées au prêt: le contrat dans lequel cet affranchissement serait stipulé ne serait pas un prêt à la grosse; il n'aurait que les effets résultant des prêts ordinaires. Il en serait de même si les objets affectés au prêt à la grosse n'avaient pas été exposés à des risques. Dans l'un comme dans l'autre cas, le prêteur ne pourrait exiger de profit maritime; il n'aurait droit qu'à l'intérêt légal du jour de la demande en justice, ou du terme stipulé dans la convention.

Les risques que court le prêteur à la grosse sont les mêmes que ceux dont est chargé l'assureur. Ainsi, comme l'assureur, le prêteur répond de tout dommage résultant de cas fortuit, de force majeure, de la faute ou du délit d'un tiers, dont le capitaine, ou l'armateur pour lui, ne répondrait pas. Cette responsabilité peut aussi, comme dans l'assurance, recevoir une extension conventionnelle: ainsi le prêteur peut se charger de la baraterie de patron; il peut prendre sur lui les risques particuliers attachés à certaines marchandises ou à certaines expéditions, les avaries provenant du vice propre de la chose, les dangers d'un commerce interlope. Dans toutes ces occurrences, la volonté des parties ne reçoit de limites que par les prohibitions de la loi.

895. Mais s'il est libre aux parties d'étendre les risques du prêteur au-delà des limites légales, comme dans les assurances, ces mêmes risques ne pourraient être aussi étroitement resserrés que dans ce dernier contrat.

Nous avons vu, n° 858, que l'assureur pouvait non-seulement se décharger des avaries simples éprouvées par les choses assurées, mais encore des avaries grosses, c'est-à-dire de l'obligation de rembourser à l'assuré la somme pour laquelle ses marchandises auraient contribué à des sacrifices communs. Il ne doit pas en être de même dans le prêt à la grosse: le prêteur peut bien stipuler qu'il ne courra pas *tel* risque déterminé, même qu'il ne supportera pas en général les avaries simples; mais il ne pourrait pas par une stipulation, quelque expresse qu'elle fût, se dispenser de contribuer, pour l'emprunteur, aux avaries grosses. C'est la conséquence du principe posé n° 892, que le prêt à la grosse affecte réellement les choses, et que le sacrifice pour lequel la contribution a lieu, ayant eu pour résultat de les sauver, le prêteur, en quelque sorte seul intéressé à leur conservation, ne saurait se

dispenser de contribuer à la réparation du sacrifice qu'elles ont occasionné. D'ailleurs, il serait dangereux que l'on permît de limiter dans des bornes trop étroites les risques du prêteur; de telles stipulations pourraient déguiser des prêts usuraires.

Enfin, lorsqu'il s'agit d'interpréter les clauses d'un contrat à la grosse, l'interprétation doit toujours en être faite en faveur de l'emprunteur. Cette distinction, résultant de la différence entre le prêt à la grosse et l'assurance, repose sur ce que, dans le premier, l'emprunteur est le débiteur, dans le doute, il faut prononcer en sa faveur; tandis que dans l'assurance, l'assuré est créancier de l'assureur, pour la réparation de toutes les pertes et dommages qu'il pourra éprouver.

SECTION IV.

Des Profits maritimes.

896. Il ne peut exister de prêt à la grosse, si l'emprunteur ne s'oblige à payer au prêteur, outre la chose prêtée, une certaine somme ou valeur pour le prix des risques dont celui-ci s'est chargé, qui devient un accessoire du capital et jouit des mêmes privilèges. Le prêt à la grosse qui ne contiendrait pas de profit maritime, et qui cependant offrirait à l'emprunteur la chance de ne pas rembourser, en cas de sinistre, serait une sorte de donation mêlée d'une clause aléatoire. Ce profit peut, sous certains rapports, être comparé à la prime : l'un et l'autre sont le prix du risque; mais ils diffèrent sur ce point que la prime est toujours due, quel que soit l'événement, tandis que le profit maritime n'est dû qu'au cas d'heureuse arrivée.

Le prêteur ne fait rien d'injuste en stipulant, pour le cas d'heureuse arrivée, un profit supérieur à l'intérêt pour les prêts ordinaires; et les chances étant nécessairement incertaines, la plus grande latitude a dû être accordée aux parties. Ce profit peut consister, soit en une somme fixe pour toute l'expédition, quelle qu'en soit la durée, soit en une certaine somme par mois. Il n'est point contraire aux principes du contrat à la grosse que les parties stipulent que le profit sera variable, c'est-à-dire, croissant ou décroissant, selon la durée du voyage; qu'il augmentera dans le cas où le navire ne reviendrait pas au temps indiqué, etc. On peut aussi convenir, dans un contrat fait pendant la guerre, que l'intérêt fixé à tant par mois, ou à un taux déterminé, sera réduit au cours de la place pour les mois qui s'écouleront depuis la paix, et réciproquement stipuler une augmentation en cas de guerre.

Ordinairement ce profit est fixé à une somme d'argent; mais rien n'empêche qu'il ne consiste en autres choses évaluables, même dans une part des bénéfices à faire sur les objets affectés. Cependant une telle convention serait plutôt considérée comme une sorte d'association en participation. De même, si le prêteur avait, au lieu d'argent ou de marchandises, stipulé quelque avantage pour lui, en cas d'heureuse arrivée des objets affectés, ce serait un profit suffisant pour donner au contrat une consistance légale. Par exemple, un capitaine, ayant besoin d'argent, reçoit d'un commerçant 100 livres sterling qui, au cours moyen en France, ne valent que 2.200 fr.; il s'oblige de payer à son domicile en France, 3,000 fr., mais seulement en cas d'heureuse arrivée de son navire: une telle convention est un véritable prêt à la grosse. Ce genre de prêt où le profit consiste dans la possibilité d'un exhaussement de chance, est particulièrement en usage aux Indes orientales, dans les emprunts que font les capitaines pour leur retour en Europe.

CHAPITRE II.

Des formes du Contrat à la grosse.

897. L'objet du contrat à la grosse n'étant pas seulement de produire une obligation réciproque entre l'emprunteur et le prêteur mais encore d'assurer à ce dernier un droit de préférence sur les objets affectés au prêt, toutes les formalités qui ont pour objet d'attester aux tiers la régularité et la réalité de cette convention, doivent être observées scrupuleusement.

Nous allons examiner, dans la première section de ce chapitre, quelles formes externes sont requises pour la preuve du contrat à la grosse; dans la seconde, quelles formes internes, c'est-à-dire quelles énon-

ciations il doit contenir ; dans la troisième, par quelles personnes un emprunt à la grosse peut être fait.

SECTION PREMIÈRE.

Des Formes externes du Contrat à la grosse.

898. Le contrat à la grosse doit être passé devant notaire, ou, lorsqu'il est fait en pays étranger, devant le chancelier du consulat, dans les cas où les lois, réglements et usages lui en donnent le pouvoir : il peut aussi être fait sous signatures privées. Celui qu'on alléguerait avoir été consenti verbalement ne pourrait, en cas de dénégation, être prouvé par témoins. Le demandeur, dépourvu d'un commencement de preuve par écrit, n'aurait d'autre ressource que de s'en rapporter au serment ou aux livres de son adversaire, parce que la mention faite dans ces livres deviendrait un aveu écrit. Toutefois, une telle convention n'aurait d'effet qu'entre les contractants, et ne produirait aucun privilége ; parce que l'effet des priviléges est de pouvoir être invoqués contre les tiers, dont il ne faut pas que le sort reste à la discrétion des parties, qui pourraient, par des antidates, supposer des prêts à la grosse dont le privilége absorberait le gage commun.

899. Un contrat à la grosse peut être fait à ordre, et négocié par les mêmes voies, avec les mêmes droits et la même garantie que les autres effets de commerce. Le cessionnaire acquiert la créance qui en résulte, sous les chances et conditions qui y sont inhérentes; et si, par l'événement, l'emprunteur ne satisfait pas à ses obligations suivant les règles que nous donnerons ci-après, ce cessionnaire, non payé, sera fondé à recourir contre son cédant dans les formes que nous avons fait connaître nos 428 et suiv., jusqu'à concurrence du capital cédé.

A cet égard, les règles sur la nécessité de faire le protêt le lendemain de l'échéance, doivent être modifiées suivant la nature des choses. Si le prêt est fait pour un temps déterminé, *tant* de mois, de jours, ou remboursable à *telle* époque, rien ne s'oppose à ce que le porteur par endossement exige le paiement le jour indiqué, ou proteste le lendemain ; il doit donc exercer son recours dans les délais fixés pour les lettres de change. Mais si l'époque du remboursement est indéterminée ; si le prêt est fait pour un voyage, jusqu'à *telle* hauteur en mer, le porteur ne peut connaître de l'événement, à l'instant même qu'il a lieu, de manière à exiger le paiement ou à protester. Il doit le faire aussitôt qu'il en est instruit ; et c'est aux tribunaux à apprécier, par les circonstances, les exceptions de déchéance qu'on essaierait de faire valoir contre lui. Mais le cédant ne peut être contraint à rembourser le profit maritime, s'il n'y a stipulation expresse. Il ne doit que l'intérêt ordinaire du capital, à compter du jour du protêt, les frais légitimes et leurs intérêts, même le rechange, comme nous l'avons vu n° 438.

Rien ne s'oppose à ce que le contrat à la grosse soit au porteur ; alors il est cessible de la même manière que les titres au porteur, et tout ce que nous avons dit nos 313 et 483, y est applicable.

900. Dans quelque forme que soit rédigé l'acte de prêt à la grosse, il faut, s'il est fait en France, qu'il soit enregistré, dans les dix jours de sa date, au greffe du tribunal de commerce; et s'il est fait à l'étranger, que les formalités que nous verrons, n° 910, être exigées pour la validité du prêt fait à un capitaine, soient observées, même lors que le propriétaire des objets affectés contracte directement, à peine, pour le prêteur, de perdre son privilége. Ces mesures sont fondées sur l'intérêt des tiers; elles ont pour but d'empêcher qu'on ne soit trompé, en prêtant sur des objets déjà affectés à un prêt, et qu'un commerçant de mauvaise foi, à la veille de faire faillite, ne puisse souscrire des emprunts à la grosse antidatés, au profit de prêteurs supposés.

La nature et le but de ces précautions apprennent suffisamment que l'inobservation de ces formalités ne ferait aucun obstacle à l'action personnelle qu'exercerait, contre l'emprunteur, un prêteur qui ne s'y serait pas conformé.

SECTION II.

Quelles Énonciations doit offrir le Contrat de prêt à la grosse.

901. Le contrat à la grosse doit énoncer : 1° le capital prêté, et la somme convenue pour le profit maritime ; 2° les objets sur lesquels le prêt est affecté; 3° les noms du

navire et du capitaine; 4° ceux du prêteur et de l'emprunteur ; 5° si le prêt a lieu pour un voyage, pour quel voyage, pour quel temps, et l'époque du remboursement. Ce n'est pas que l'acte dans lequel ces énonciations seraient omises ne dût avoir aucun effet; ainsi, un billet simple ou à ordre, causé *valeur en grosse aventure*, constaterait suffisamment, pour fonder l'action du prêteur contre l'emprunteur, la preuve qu'une somme a été prêtée.

Le contrat doit, en outre, énoncer les autres clauses dont les parties conviennent, et qui reçoivent leur exécution en tout ce qui n'est point contraire à l'essence du prêt à la grosse.

Nous allons offrir quelques développements sur chacune des énonciations que nous avons indiquées.

§ Ier. *Des Énonciations du capital prêté, et de la somme convenue pour le profit maritime.*

902. Nous avons fait connaître, n° 891, quelles choses pouvaient être prêtées à la grosse, et vu qu'au lieu de consister en une somme d'argent, le prêt pouvait consister en marchandises. La nécessité d'énoncer, soit la somme prêtée, soit la valeur des choses livrées à l'emprunteur, est évidente; car, dans ce dernier cas, ce n'est pas des choses prêtées qu'il se rend débiteur, mais du prix de leur estimation. S'il contractait l'obligation de rendre ces choses elles-mêmes, ce ne serait plus un prêt, mais un louage.

L'énonciation du profit maritime n'est pas moins nécessaire. Si quelqu'un prêtait, sans stipuler aucun intérêt, une somme d'argent à un armateur, pour un certain voyage, avec la clause que celui-ci ne serait pas tenu de la rendre, en cas de perte de son navire par suite d'accidents de force majeure, ce ne serait qu'un prêt ordinaire avec donation du capital en cas d'événement prévu ; et cet acte serait réglé par les principes du droit commun. Néanmoins, une semblable donation devrait être clairement énoncée, si la fixation du profit maritime avait été omise, il serait plus convenable d'y suppléer par le cours du lieu où le prêt s'est effectué, que de supposer un don.

§ II. *De l'Énonciation des choses affectées.*

903. La manière la plus simple et la plus certaine de faire connaître les choses affectées au prêt à la grosse, est, sans doute, de les désigner dans l'acte, afin qu'il ne puisse, après l'événement, s'élever d'incertitude sur ce qui a fait l'objet du contrat. Mais nous avons vu, n° 893, que le prêt à la grosse pouvant porter sur des marchandises non encore acquises par l'emprunteur à l'instant où le prêt s'effectue, une désignation, dans ce cas, n'est point indispensable.

Tout ce que nous avons dit, nos 804 et 811, sur la désignation du navire, par son nom, sa qualité, et tous autres renseignements qui peuvent en faire connaître l'identité ; sur les effets que pourrait produire une erreur de nom ou de désignation, selon que les parties auraient pu être ou n'être pas d'accord sur l'identité ; tout ce qui concerne les désignations accidentelles, que le navire est armé en course, qu'il voyage sous escorte, s'applique, sans aucune restriction, au prêt à la grosse comme aux assurances.

Il en est de même des désignations qu'on doit donner aux marchandises lorsqu'elles sont affectées à un prêt à la grosse. Tous les développements que nous avons offerts à ce sujet, nos 760 et suiv., sur les assurances faites conjointement, alternativement ou séparément sur plusieurs navires, et sur les énonciations accidentelles qui tendent à faire reconnaître d'une manière plus précise l'individualité du navire où elles sont chargées, n'éprouvent ici aucune modification.

904. Le contrat détermine assez souvent la valeur des effets affectés au prêt; mais cette estimation n'est pas indispensable à la validité du contrat : seulement, lorsqu'elle n'a pas été faite, l'emprunteur doit justifier qu'à l'instant de l'événement qu'il veut faire supporter au prêteur, les objets exposés aux risques étaient d'une valeur équivalente à la somme prêtée, tandis que si l'évaluation en avait été faite, elle serait présumée exacte jusqu'à preuve contraire. De là naît la question de savoir si ce pacte exclut toute réclamation du prêteur. Ce serait consacrer une injustice et faciliter les fraudes, que d'établir une fin de non-recevoir absolue. Mais le prêteur qui acquiesce à une évaluation, doit s'imputer de s'en être rapporté à la bonne foi de l'emprunteur; on ne doit donc l'écouter qu'autant qu'il prouverait être victime

d'une fraude véritable. On suivrait, à cet égard, le principe général de droit, que le dol ne se présume point, qu'il doit être prouvé par celui qui l'allègue, et que les tribunaux ne doivent admettre la preuve testimoniale, dans ce cas, que d'après des présomptions graves, précises, concordantes, dont l'appréciation est abandonnée à leur conscience.

Quant à l'emprunteur, on sent, d'après les principes expliqués n° 820, qu'il ne serait pas recevable à prétendre que les objets affectés valaient davantage, pour empêcher le ristourne des prêts subséquents, dans les cas dont nous parlerons au chapitre cinquième.

§ III. *De l'Énonciation des noms du Navire et du Capitaine.*

905. Nous avons considéré, dans le paragraphe précédent, le navire comme objet des risques. Il peut être aussi considéré comme lieu de risques, c'est-à-dire comme contenant les choses affectées au prêt. A cet égard, il faut se reporter à ce que nous avons dit nos 804 et suivants.

Mais ces règles sont susceptibles de quelques restrictions: nous avons vu, n° 805, qu'on peut, dans l'assurance, garantir des objets d'un risque, sans désigner, ni le navire sur lequel ces objets sont chargés, ni le nom du capitaine, ni faire d'autres énonciations capables d'aider à le reconnaître. La différence qui existe entre l'assurance et le prêt à la grosse, permet moins de latitude dans ce dernier contrat. Dans le premier, l'assuré, propriétaire des marchandises, a plus de moyens pour justifier que les risques ont réellement porté sur *tels* ou *tels* objets; dès lors il est moins nécessaire d'exiger des désignations dans la police, puisqu'il est dans une position où il lui est facile de les suppléer.

Le prêteur à la grosse, au contraire, n'est pas propriétaire des objets, il n'a pas, sur eux, cette surveillance que l'assuré peut exercer; et comme, néanmoins, il est tenu de justifier de l'heureuse arrivée pour pouvoir exiger l'exécution du contrat, il faut que les énonciations de l'acte de prêt suppléent à ce manque de moyens. Il est donc nécessaire que les choses affectées au prêt soient désignées, ou par leur individualité propre, ou par l'énonciation des noms du navire qui les porte, et du capitaine qui les conduit.

§ IV. *De la Désignation du Prêteur et de l'Emprunteur.*

906. Il n'est point d'acte qui puisse avoir son effet, si l'on ignore entre quelles parties il est passé, puisqu'il n'imposerait d'obligations et ne donnerait de droits à personne. Ainsi, le contrat à la grosse doit présenter le nom de l'emprunteur.

Mais l'omission du nom du prêteur empêcherait-elle les effets de l'obligation de l'emprunteur désigné? Sans doute, il n'existerait pas d'obligation si quelqu'un déclarait simplement qu'il a emprunté ou qu'il paiera *telle* somme affectée sur *tels* objets. Aucun créancier n'étant désigné, et l'écrit n'annonçant point que l'obligation est au profit du porteur, la détention ne serait pas une preuve de propriété. Un acte aussi imparfait pourrait être considéré, toutefois, contre l'emprunteur, comme un commencement de preuve par écrit en faveur du porteur qui se prétendrait créancier, sans produire aucun effet contre les tiers, puisque ce porteur n'aurait pas un titre revêtu des formes exigées pour pouvoir le leur opposer.

Mais on a vu, n° 899, que le contrat pouvait contenir obligation de payer au porteur. La nécessité d'indiquer le prêteur ne s'oppose point à ce qu'une telle clause ait son effet: car, de deux choses l'une: ou le contrat énonce que *telle* personne a prêté, et que l'emprunteur paiera à elle, ou *au porteur;* ou la première de ces énonciations ne se trouve point. Au premier cas, le prêteur est expressément désigné; au second, c'est le porteur qui est présumé avoir prêté lui-même ou par un mandataire.

907. Nous avons dit que le nom de l'emprunteur et la qualité dans laquelle il agit ne pouvaient jamais être omis impunément; et la raison en est sensible.

Il peut se faire que celui qui emprunte n'agisse qu'au nom d'un autre, c'est-à-dire en qualité de commissionnaire. Les principes que nous avons donnés, nos 563 et suivants, le rendront sans doute obligé, comme s'il eût traité lui-même; mais comme un commissionnaire ne nomme point son commettant, il peut arriver que la qualité de celui-ci soit telle qu'elle expose les objets affectés au prêt à des périls particuliers. Les règles que

nous avons données, nos 800 et suiv., relativement au nom et à la qualité de celui qui se fait assurer, sont ici entièrement applicables.

§ V. *Désignation du voyage et du terme de remboursement.*

908. On peut emprunter pour un temps déterminé, ou jusqu'à un certain événement; nous avons vu, nº 895, qu'à cet égard toutes conventions étaient libres. On peut aussi emprunter pour le voyage entier que fera le navire, ou pour *telle* partie de ce voyage.

Si le prêt a lieu pour un voyage, il faut encore déclarer pour quel voyage. Cette énonciation est d'une grande importance, puisque le voyage indiqué dans le contrat de prêt à la grosse ne pourrait pas être remplacé par un autre. A cet égard, il faut se reporter à tout ce qui a été dit nº 809, relativement au contrat d'assurance, dont toutes les règles sont, sous ce rapport applicables au prêt à la grosse.

SECTION III.

Par quelles personnes peut être souscrit un Emprunt à la grosse.

909. Dans la règle, le droit d'emprunter à la grosse sur une chose, ne peut appartenir qu'à celui qui en est propriétaire, puisque cette convention produit une affectation réelle de cette chose à la sûreté du prêteur. Si elle appartient à plusieurs, tous, ou au moins la majorité, doivent avoir consenti cet emprunt expressément ou implicitement, suivant les règles que nous donnerons dans la quatrième partie sur l'effet des engagements pris par un associé.

Il faut, néanmoins, pour appliquer sainement ces principes, distinguer entre l'emprunt sur le corps d'un navire et l'emprunt sur des marchandises.

La règle qu'en fait de meubles la possession vaut titre, ne s'applique point aux navires, comme on l'a vu nº 617. Ainsi, celui à qui un navire a été loué en entier, ne peut, en général, l'affecter à un prêt à la grosse. Le prêteur doit se faire représenter le titre de l'emprunteur, et s'il n'a pas pris cette précaution, il n'acquiert pas plus de droits que s'il avait acheté le navire d'un homme qui n'en aurait été que locataire. Il n'y a de modification que dans le cas prévu nº 621, où nous avons dit que des copropriétaires d'un navire pouvaient se faire autoriser à emprunter à la grosse sur la part de celui ou de ceux qui seraient en retard de fournir le contingent nécessaire aux réparations ou à l'armement du navire.

Le capitaine qui, suivant ce que nous avons dit, nº 801, n'a pas, par le seul fait de sa préposition, droit de le faire assurer, a néanmoins celui de l'affecter à un prêt à la grosse. Des motifs qui tiennent au bien de la navigation ont dicté cette exception. Un navire en route pourrait être hors d'état de continuer son voyage, si le capitaine ne trouvait pas de fonds; il ne voyage pas moins, quoiqu'il ne soit pas assuré. Mais les besoins et l'intérêt de la navigation motivant seuls cette exception, l'emprunt à la grosse qu'un capitaine ferait sur tout ou partie du navire, pour compléter le chargement, ou pour ne pas retourner à vide, quand même des avis et procès-verbaux constateraient l'avantage d'une telle opération, n'obligerait point celui ou ceux pour le compte desquels il l'aurait fait; le prêteur serait réduit à des droits personnels contre le capitaine, ou à n'exercer contre les refusants que les actions que celui-ci aurait lui-même. Quant à l'emprunt sur des marchandises, on peut conclure des principes expliqués nº 272, que si celui qui en est le possesseur les affecte à un prêt à la grosse, le prêteur de bonne foi acquiert des droits au préjudice du vendeur, de la même manière qu'un acheteur de bonne foi en acquerrait la propriété. Nous avons vu aussi nº 644, que le capitaine pouvait, pour les besoins du navire, emprunter à la grosse sur le chargement.

910. Les conditions sur la forme et la publicité du contrat à la grosse dont nous avons parlé dans la première section de ce chapitre, suffisent évidemment lorsque l'emprunt a été fait par le propriétaire du navire, ou le chargeur de marchandises. Mais lorsqu'il est fait par un capitaine de navire, dans les circonstances que nous venons d'indiquer, il est naturel d'exiger d'autres précautions pour empêcher que ses commettants ne soient victimes de son imprudence, dont les tiers profiteraient, ou de sa fraude, dont ils seraient complices. Ainsi, le capitaine ne peut emprunter à la grosse, soit sur

le navire, soit sur le chargement ou autres objets qui sont sous sa direction, dans le lieu de la demeure des propriétaires, sans leur autorisation écrite, ou leur intervention dans l'acte, et, si ce propriétaire était en faillite, sans l'autorisation des agents ou des syndics qui représentent la masse des créanciers [1].

S'il est forcé d'user de cette ressource hors de cette demeure, il doit en faire constater la nécessité par un procès-verbal signé des principaux de l'équipage, indiquant les circonstances et les causes qui reudent l'emprunt nécessaire. Il doit prendre ensuite l'autorisation du tribunal de commerce du lieu, ou, à défaut, du juge de paix, si c'est en France, et, si c'est en pays étranger, celle du consul français, ou, s'il n'en existe point, du magistrat des lieux.

Ces espèces d'emprunts se font quelquefois par des lettres de change que le capitaine tire au profit ou à l'ordre du prêteur, sur l'armateur, et dont le paiement est subordonné à la condition d'heureuse arrivée, comme nous l'avons dit n° 183. De quelque manière qu'ils soient faits, il est nécessaire que la cause du prêt soit énoncée, et que les pièces justificatives accompagnent le titre; autrement, l'armateur refuserait légitimement de l'acquitter. Dans les cas que nous avons indiqués n°s 631 et 909, une simple ordonnance du juge, après sommation, est suffisante.

911. Les armateurs ne peuvent refuser d'acquitter les engagements pris pour ces causes et avec ces formalités, sous prétexte qu'ils entendent contester ce qu'a fait le capitaine; par exemple, qu'ils étaient présents ou avaient un commissionnaire dans le lieu de l'emprunt, et que cependant le capitaine ne les a pas consultés; ou qu'il avait reçu une défense expresse d'emprunter; ou que l'emprunt n'était pas réellement nécessaire, et que le capitaine a supposé des besoins. Ils ne seraient pas même fondés à se libérer, dans ce cas, d'un prêt dont la nécessité et la régularité sont bien établies, en offrant le délaissement du navire et du fret. Ils peuvent seulement prouver que le prêteur était de connivence avec le capitaine, et complice de sa fraude; et par suite de ces principes, ils ne peuvent refuser de payer aux chargeurs les marchandises mises en gage, dans les mêmes circonstances, conformément à ce qui a été dit n° 663.

Mais les prêteurs, même de bonne foi, qui ne représentent pas les pièces justificatives que nous venons d'indiquer, n'ont de droits, ni contre les armateurs [2], ni sur le navire ou son fret, à moins qu'il n'en appartînt une partie au capitaine, devenu par là leur seul obligé, alors leurs droits sont réduits à sa part, et ils peuvent le poursuivre personnellement [3]. Néanmons, s'ils prouvent que l'argent par eux prêté, sans prendre les précautions ci-dessus, a été réellement employé aux besoins du navire, et d'une manière utile à l'armateur, ils ont contre une action fondée les pincipes indiqués n° 661. Alors, l'emprunt n'est plus réputé prêt à la grosse; l'armateur ne doit que le capital et les intérêts légaux, jusqu'à concurrence de la somme utilement employée, et peut opposer des exceptions qui ne seraient pas admises, si les formalités eussent été observées.

Cette obligation de justifier la nécessité de l'empruut par procès-verbaux et autorisations, nous paraît même de nature à être imposée à l'étranger qui, dans son pays, ferait un prêt à la grosse à un capitaine français. Il doit s'imputer de n'avoir pas pris les informations convenables sur les droits de celui avec qui il traitait, et sur les conditions nécessaires pour que son engagement fût obligatoire à l'égard des armateurs.

Au surplus, la régularité des pièces en faveur des prêteurs, et leur bonne foi, n'empêchent point les armateurs de soumettre à l'examen la conduite du capitaine. Ce dernier leur doit compte, non-seulement de l'emploi des fonds, mais de la légitimité de l'emprunt; et comme il pourrait avoir trompé les magistrats et le prêteur, le seul rapport des pièces régulières ne la justifierait pas.

Ainsi le capitaine qui emprunte sans nécessité, peut être poursuivi criminellement, et condamné à la réclusion, conformément à l'art 14 de la loi du 10 avril 1825. A plus forte raison, s'il avait dissipé les derniers dont l'emprunt aurait eu pour objet les besoins de son navire.

Cette responsabilité s'appliquerait même au mode d'exécution d'une autorisation lé-

[1] Cass., 17 fév. 1824. Dalloz, t. 7, p. 11.

[2] Cass., 17 fév. 1824; mais un autre arrêt de cassation du 28 novembre 1821 *était contraire*. Dalloz, t. 7, p. 9 et 11.

[3] Cass., 17 fév. 1824. Dalloz, t. 7, p. 11.

gale, pour emprunter en cas de nécessité; par exemple, si le capitaine avait emprunté purement et simplement, au lieu de faire un emprunt à la grosse, parce que ce mode, quoique plus onéreux si la navigation se termime heureusement, n'oblige l'armateur qu'autant que le navire est conservé. Cet armateur, sans pouvoir toutefois se dispenser de payer le porteur qui s'est mis en règle, aurait droit d'obtenir des dommages-intérêts contre le capitaine à qui il aurait interdit cet emprunt ordinaire, ou contre qui il prouverait qu'il y a eu grave imprudence à préférer un emprunt pur et simple, à un emprunt à la grosse.

CHAPITRE III.

Quand le Prêteur à la grosse peut exiger son paiement.

912. Dès que l'événement qui amène l'exigibilité du prêt est arrivé, le prêteur peut demander son remboursement. Ce droit est encore ouvert, quelquefois, avant l'événement convenu, soit en cas de faillite de l'emprunteur, suivant les règles que nous donnerons dans la sixième partie, soit lorsqu'un fait personnel à ce débiteur, ou dont les suites retombent sur lui, a rendu l'événement impossible, ou a apporté quelque changement aux chances que le prêteur a entendu courir.

Nous allons, en conséquence, diviser ce chapitre en deux sections: dans la première, nous parlerons de l'exigibilité arrivée par l'effet même de la convention; dans la seconde, nous ferons connaître dans quelles circonstances les risques sont réputés finis, quoique l'époque déterminée par le contrat ne soit pas encore arrivée.

SECTION PREMIÈRE.

De l'Exigibilité déterminée par la convention.

913. C'est un principe essentiel au contrat à la grosse, et qui le distingue de l'assurance dont nous avons parlé dans le titre précédent, que les risques sont toujours censés exister tant que le navire n'est pas arrivé à sa destination. Le prêteur n'est qu'un créancier conditionnel et dans le seul cas d'heureuse arrivée des objets affectés; c'est à lui de prouver que cette condition est accomplie.

La manière dont le prêteur peut exercer son droit, varie selon la convention. Si le prêt était pour *tant* de mois, ou payable à *telle* époque déterminée, ou quand le navire sera à *telle* hauteur dans son voyage, le prêteur n'a rien à prouver, sinon qu'au terme convenu pour la fin des risques, les choses affectées n'étaient pas péries. Alors, quand même on n'en aurait aucunes nouvelles postérieures, s'il était prouvé que ces choses n'ont pu périr qu'après le temps, ou au-delà du terme des risques, par exemple, que le navire a été rencontré depuis, la condition serait accomplie. Mais si le prêteur ne peut faire cette preuve, le navire est présumé être péri dans le temps et dans le lieu des risques.

Si le prêt a été fait pour un voyage déterminé, par exemple, sur un navire allant du Havre à Ostende, l'arrivée de ce navire dans le port d'Ostende, prouvée par le prêteur, fonde son droit d'exiger le paiement.

Si le voyage convenu est d'aller et de retour, par exemple, si l'on a prêté sur un navire allant de Bordeaux à Cadix, et revenant de Cadix à Bordeaux, et que le navire ne fasse point de retour, le prêteur peut exiger l'entier paiement du capital et des profits maritimes, quand même ce serait par force majeure qu'aurait lieu le défaut de retour, parce que la mise à la voile est considérée comme exécution du contrat.

SECTION II.

De l'Exigibilité occasionnée par le fait de l'emprunteur.

914. Quelqnefois le prêteur n'a pas besoin de prouver que l'époque d'exigibilité fixée par le contrat est arrivée; il peut se borner à établir que, par un fait dont l'emprunteur doit supporter les suites, les risques ont cessé d'être à sa charge. Il ne suffit pas, en effet, pour que le prêteur supporte les risques, qu'ils aient la qualité que nous avons déterminée dans les nos 770 et suiv., il faut en-

core qu'ils arrivent dans le temps et le lieu convenus.

Nous n'entendons pas, par lieu convenu, la mer, dont les dangers sont les seuls que le prêteur prenne à sa charge, mais le navire, le voyage et la route.

Lorsqu'un prêt a été fait sur *tel* navire ou sur ses agrès et apparaux, qu'il a eu pour objet des marchandises qu'on annonçait chargées ou devoir être chargées sur *tel* navire, cette désignation individuelle étant le résultat d'un consentement commun, l'emprunteur ne peut, de sa seule volonté, substituer un autre navire sans que le prêteur ait donné son assentiment, soit d'avance, soit au moment où il s'agit de faire la substitution. Peu importerait qu'il prouvât que le navire substitué était aussi bon et même meilleur; le prêteur serait fondé à dire qu'il avait confiance dans *tel* navire, et qu'il n'a pas voulu courir de risques sur *tel* autre, quel qu'il fût. Il en serait de même si le navire désigné et le navire substitué périssaient : le lieu des risques étant changé, le prêteur cesse d'en répondre.

Nous avons déjà expliqué ce qu'on entendait par voyage et route convenus. Le moindre changement, soit dans la route, soit dans le lieu de la destination, qui n'aurait pas pour sa justification une force majeure, rendrait exigible la somme empruntée. Vainement l'emprunteur prouverait-il qu'il n'a eu, qu'il n'a pu avoir aucune influence sur les risques! Il suffit, comme dans l'assurance, de la modification la plus légère aux conventions des parties, pour rendre exigible la somme prêtée. Mais si la force majeure commande les changements, elle justifie tout ce qu'elle nécessite. Ainsi, les ruptures de voyage, changements de route ou de voyage, causés par les événements que nous avons indiqués, nos 639 et suivants, n'auraient aucune influence pour faire cesser les risques du prêteur.

Il en est de même, à plus forte raison, du cas où le contrat autoriserait ces changements, les parties étant libres de modifier et d'étendre à leur gré les risques que l'une veut prendre à la décharge de l'autre.

CHAPITRE IV.

Comment le Prêteur peut exiger son paiement.

915. Lorsque le droit du prêteur de demander son remboursement est ouvert, soit par l'arrivée heureuse des choses sur lesquelles il a prêté, ou leur existence au lieu et au temps déterminés pour la fin des risques, soit par la cessation de ces mêmes risques, résultant du fait de l'emprunteur, le capital et le profit maritime doivent être payés.

Nous allons faire connaître dans ce chapitre, divisé en trois sections, quelles poursuites le prêteur peut exercer contre l'emprunteur; quels droits il a sur les choses affectées au prêt; et quelles règles on doit observer lors du concours de plusieurs prêteurs.

SECTION PREMIÈRE.

Des Poursuites que le prêteur peut diriger contre l'emprunteur.

916. L'emprunteur, qui n'a aucune des exceptions et déductions que nous ferons connaître dans le chapitre suivant, à opposer au prêteur, ne peut, comme on l'a déjà vu no 911, refuser le remboursement, sous prétexte que sa spéculation a été sans succès; qu'il a perdu tout ou partie de son chargement, ou que la valeur en est singulièrement diminuée par des événements autres que ceux dont répond le prêteur; ni offrir de se libérer en abandonnant une partie du chargement, à moins que cela n'ait été convenu expressément : c'est la conséquence de ce qu'on a vu no 204.

Le paiement doit être fait en la monnaie qui avait cours dans le lieu et au temps de la stipulation, si aucune circonstance ne porte à croire qu'on ait entendu une autre monnaie, conformément aux règles que nous avons données aussi nos 202 et suivants.

Il s'ensuit que si l'emprunt fait en pays étranger, ou même dans les îles françaises qui ne seraient point encore assujetties au système monétaire du royaume, était rem-

boursable en France, la réduction en serait faite suivant le cours du change du lieu et du jour de la stipulation, constaté de la manière indiquée n° 124.

917. L'emprunteur peut être poursuivi dès que le terme est arrivé, s'il n'a pas stipulé un délai; mais dans l'usage, la convention en détermine toujours un. Quelle que soit, au reste, la cause qui l'empêche de s'acquitter sur-le-champ, le profit maritime, même quand il aurait été stipulé à *tant* par mois, ne continuerait pas de courir, il cesse avec les risques, et l'emprunteur ne doit que l'intérêt ordinaire du jour de la demande, à moins d'une convention expresse qui le fasse courir de plein droit.

Le paiement doit être fait, s'il n'y a aucune convention contraire, au lieu où se trouve le navire quand le risque finit, encore que ce ne soit pas le terme du voyage. S'il n'existe personne dans ce lieu à qui le paiement puisse être légitimement fait, l'emprunteur a le choix ou d'en faire le dépôt judiciaire, ou de les conserver, et, dans ce dernier cas, il ne doit aucun intérêt jusqu'à son arrivée, quand même il en aurait été stipulé en cas de retard. Mais cet argent est à ses risques; et si, pour remplir ses engagements, il fournissait volontairement des lettres de change, elles seraient pour son compte, à moins qu'il ne l'eût fait par ordre du créancier; c'est la conséquence des principes expliqués n°s 201 et 213.

Toute action résultant d'un prêt à la grosse est prescrite après cinq ans, à compter de la date du contrat, s'il n'y a pas eu, dans l'intervalle, cédule, obligation, arrêté de compte, ou interpellation judiciaire. Les règles à cet égard sont les mêmes que celles que nous avons indiquées n° 868.

SECTION II.

Des Droits du prêteur sur les choses affectées au prêt.

918. Le prêteur a privilége, pour tout ce qui lui est dû, sur les choses affectées au prêt; et si ces choses sont de nature différente, par exemple, s'il a prêté à la fois sur le corps et les facultés, ce privilége est indivisible, de telle manière que, si le navire périssant, les marchandises sont sauvées, elles restent affectées à la totalité du prêt, et réciproquement, sans qu'il ait besoin de justifier que les fonds ont réellement été employés à l'objet indiqué. Mais comme il pourrait arriver que ces mêmes objets fussent affectés à d'autres priviléges, nous ferons connaître, dans le titre VIII, le rang qui est assigné au prêt, selon qu'il est fait sur un navire ou sur le chargement.

Il nous suffit de dire ici que le prêteur ne peut, dans aucun cas, être primé par celui à qui l'emprunteur aurait vendu les objets affectés au prêt, sauf l'action en escroquerie de la part de l'acheteur contre le vendeur, qui lui aurait cédé une chose dont il n'était plus libre propriétaire. Cet acheteur ne pourrait prétendre que les meubles n'ayant aucune suite par hypothèque, la part qu'il a achetée est libre de toutes dettes de son vendeur; car précisément les choses vendues, au préjudice du privilége, n'étaient point encore sorties des mains de ce dernier, lors du prêt. En effet, s'il s'agit d'un navire, les droits de l'acheteur ne sont irrévocables, à l'égard des créanciers du vendeur, qu'après qu'il a fait un voyage sous le nom de l'acheteur, et s'il s'agit de marchandises, ces droits ne sont irrévocables à l'égard des tiers à qui elles sont engagées, que par la délivrance.

SECTION III.

Du Concours de plusieurs prêteurs à la grosse.

919. Il peut y avoir plusieurs emprunts successifs sur le même objet; on distingue alors s'ils portent sur le navire, ou sur des marchandises.

L'emprunt fait sur le navire, pour le dernier voyage, est préféré à celui qui a été fait pour un précédent. Mais on ne doit point considérer comme prêt nouveau, les sommes laissées pas continuation ou renouvellement de prêts antérieurs. On présume que les deniers du dernier prêteur ont servi à mettre le navire en état de faire le voyage, ce qu'on ne peut dire qu'improprement de ceux qui, prêtés à l'occasion d'un premier voyage, ont été laissés par renouvellement ou continuation pour un second. Ainsi, un créancier serait admis, pour écarter la préférence prétendue par un autre, à justifier que le prêt qu'on présente comme dernier en date, n'est qu'un renouvellement.

Par la même raison, l'emprunt fait pendant le voyage, est préféré au prêt fait avant le départ; et s'il y en a plusieurs faits pendant le même voyage, le dernier est toujours préféré. Ainsi, avant son départ de Bordeaux, un capitaine emprunte sur le corps de son navire; il arrive à Saint-Domingue, où il emprunte pour de nouveaux besoins; en revenant, il emprunte à Cadix pour le même objet : le troisième prêteur sera préféré au second, et celui-ci au premier. Cette préférence est accordée par le motif que le dernier prêt étant présumé nécessité par les besoins indispensables de la navigation, s'il n'eût point été fait, le gage affecté aux prêts antérieurs eût péri. Mais si plusieurs ont prêté dans le même lieu, pour le même besoin, on n'aura, dans chaque classe, aucun égard à la date des contrats respectifs.

Du reste, un emprunt fait pendant le voyage, par le propriétaire, pour ses besoins particuliers, et non par le capitaine, pour ceux de la navigation, ne jouirait pas de la préférence que nous venons d'indiquer; il serait assimilé à l'emprunt fait avant le départ.

Les emprunts sur le chargement peuvent aussi avoir lieu avant ou pendant le voyage; les premiers viennent en concours avec les subséquents, sans égard à la date. Mais s'ils ont été faits dans la route, on doit distinguer quel en a été l'objet. Si ce n'était pour opérer de nouveaux achats, afin d'accroître le chargement, il n'y a lieu à aucune préférence. Si c'était pour acquitter une obligation contractée pour les besoins du navire ou le salut du chargement, telle qu'un rachat, une contribution aux avaries, etc., ils sont préférés aux emprunts faits avant le départ; il en est de même que pour les emprunts sur le navire.

Nous avons fait connaître, n° 855, les règles à suivre lorsqu'il y avait prêt à la grosse et assurance sur le même objet.

CHAPITRE V.

Des exceptions ou déductions que l'Emprunteur peut opposer au Prêteur.

920. L'emprunteur n'est obligé de payer qu'en cas d'heureuse arrivée. On ne peut dire qu'il y ait heureuse arrivée lorsque les choses affectées au prêt sont péries, ou qu'elles ont éprouvé des avaries qu'on n'attribue, ni à leur vice propre, ni à la faute de l'emprunteur ou de ceux dont il doit garantir et supporter les fautes. Mais, comme nous l'avons déjà dit, n° 770, à l'occassion des assurances, le sinistre majeur ne doit pas être confondu avec les avaries. Les règles étant différentes dans l'un et l'autre cas, nous en ferons l'objet de deux sections.

SECTION PREMIÈRE.

Des Exceptions de l'emprunteur en cas de sinistre majeur.

921. On distingue le sinistre qui arrive au navire, de celui que supportent les marchandises.

Le naufrage, le bris, l'innavigabilité, sont, comme nous l'avons vu n° 837, les principaux cas de sinistre majeur du navire : leur effet est de libérer l'emprunteur, il ne reste au prêteur qu'un droit sur les débris, dont il peut se faire rendre compte par quiconque s'en trouve dépositaire ou en a touché le prix. S'il avait quelque action contre l'emprunteur, ce ne serait plus par suite du contrat à la grosse, mais parce que cet emprunteur aurait procédé lui-même, ou par ses préposés, au sauvetage ou au recouvrement du prix des objets sauvés, ou qu'il serait coupable de faute ou de négligence, en n'ayant pas fait ce qui dépendait de lui pour la conservation des débris; et leurs rapports se régleraient par les principes du mandat.

922. Le prêteur a droit également de percevoir le fret des marchandises qu'on aurait réussi à sauver, et qui, par conséquent, doivent payer leur transport, comme on l'a vu n° 716. Si ces marchandises appartenaient à l'emprunteur, il faudrait estimer le fret qu'elles doivent, pour qu'il en tînt compte au prêteur. Mais on distingue si le voyage est terminé par l'accident, ou si le capitaine a loué un autre navire : au premier cas, le prêteur n'a droit qu'au fret jusqu'au lieu de l'accident, tel que le doivent les chargeurs; dans le second, le prêteur a droit d'exercer son privilége sur la totalité du fret, en supportant l'excédant de celui

que le capitaine a été obligé de payer pour le nouveau navire.

Si, par une stipulation qui n'a presque jamais lieu dans l'usage, il avait été fait un prêt séparé sur les corps et quille, et un autre sur les agrès et apparaux, le prêteur sur les agrès pourrait réclamer, dans le fret, une quotité égale à leur valeur comparée à celle du navire, puisque ces objets ont contribué à gagner le fret.

Lorsque le fret des marchandises arrivées à bon port a été payé d'avance, l'emprunteur doit le rapporter, ou, du moins, ce qui en reste après l'exercice du privilège des gens de mer.

Mais il n'en serait pas de même du fret stipulé acquis à tout événement, dû ou payé pour choses péries. Cette convention particulière entre l'affréteur et le fréteur, ne peut influer sur les rapports de ce dernier avec celui qui a prêté à la grosse. Dès qu'ils ne se sont point particulièrement expliqués, ils ont suivi la règle générale. Le prêteur n'a pas dû s'attendre que le navire affecté gagnerait un fret extraordinaire qui, dans le droit commun, n'est pas dû au fréteur; il ne peut exciper d'une convention qui lui est étrangère et n'est fondé à exiger que le fret sur lequel il a dû compter.

923. A l'égard des marchandises, on considère comme sinistre majeur, tout accident arrivé au navire qui rend impossible leur transport au lieu de la destination. Ainsi, lorsque le navire chargé des objets affectés au prêt devient innavigable, si le capitaine, comme on l'a vu n° 841, n'en trouve aucun autre pour y charger les effets mis à terre, les parties sont dans le même cas que s'il y avait naufrage: les accidents arrivés depuis cette décharge sont au compte du prêteur, parce qu'à cet instant le voyage a été rompu et les droits du prêteur limités à ce qui reste des objets affectés; l'emprunteur devient seulement son mandataire, pour administrer ces objets, en disposer de la manière la plus convenable, et en rendre compte. Il ne doit autre chose que l'exact accomplissement de son mandat.

Mais si, pouvant charger ses effets dans un navire, l'emprunteur aimait mieux en disposer sur les lieux, il romprait volontairement le voyage. Il devait faire tout ce qui pouvait diriger les marchandises vers leur destination; le changement de navire qui en résulte n'empêchant pas, dans ce cas, la convention de continuer, les frais de déplacement et replacement des marchandises, la détérioration qui en serait la suite, et l'augmentation de fret, sont alors considérés comme des avaries que le prêteur doit supporter.

L'emprunteur peut s'être réservé la faculté de décharger en route une partie des marchandises affectées au prêt. Si, depuis, le navire fait naufrage, le prêteur ne peut rien prétendre sur celles qui ont été déchargées; seulement il peut exiger de l'emprunteur la justification que, lors du sinistre, les objets restants étaient de valeur au moins égale à la somme prêtée; et s'il s'en trouve moins, la réduction a lieu comme nous le verrons au chapitre suivant.

924. L'emprunteur ne peut rien prétendre sur les objets affectés au prêt, sous prétexte qu'ils avaient, dans le principe, une plus grande valeur que la somme prêtée; qu'ils n'ont été affectés que jusqu'à concurrence du montant du prêt; que pour le restant, il l'a conservé libre et comme une espèce de découvert; et que, comme dans l'assurance, la perte doit se répartir proportionnellement sur les choses affectées au prêt et sur les choses demeurées libres. La nature du contrat s'y oppose; car un débiteur ne concourt jamais avec son créancier sur le gage qu'il lui a donné. Par exemple, Pierre a emprunté 10,000 francs sur un chargement de 20,000, dont la valeur se trouve réduite à 4,000 fr.; il n'est point fondé à invoquer la faveur accordée aux assureurs, de concourir avec le prêteur, conformément aux règles données n° 855, et à prétendre entrer en contribution sur les 4,000 fr. restant des objets sauvés, comme s'il était son propre assureur pour moitié. Sans doute il n'en serait pas de même dans le cas où le prêt n'aurait pas été de 10,000 fr. sur la totalité du chargement de 20,000, mais seulement sur une quotité de chargement, par exemple, moitié, les deux tiers, etc.; l'emprunteur concourrait pour la portion libre. Dans le premier cas, la totalité du chargement a été affectée; dans le second cas, il n'y a eu d'affecté que la moitié indivise.

925. Aux exceptions ci-dessus, que l'emprunteur puise dans la nature même de la convention, l'équité semble commander qu'on en ajoute une autre dans l'hypothèse suivante: Pierre emprunte à la grosse une somme qu'il emploie en pacotilles pour *tel*

pays ; mais la crainte des ennemis oblige le navire à revenir sur ses pas. Il serait injuste qu'il payât entièrement le capital et le profit maritime, tandis qu'il est privé de tout bénéfice, et que les effets débarqués en route ne s'y vendront peut-être pas la moitié de ce qu'ils ont coûté. La condition finale du contrat était que le navire parvînt au lieu indiqué où l'emprunteur pût vendre ses marchandises, et acheter des retours, si son voyage avait cette destination ; où il pût, en un mot, faire une négociation fructueuse qui lui fournît les moyens de remplir ses engagements. Ce n'est qu'au cas d'un heureux voyage qu'il a promis de payer le principal et le profit martime ; une force majeure rendant cet heureux voyage impossible, la condition n'est pas accomplie : il est naturel que le contrat soit modifié.

SECTION II.

Des Exceptions de l'emprunteur en cas d'avaries.

926. Dans quelque état que les choses affectées au prêt arrivent à leur destination, l'emprunteur doit rembourser le capital et le profit maritime ; mais si elles ont éprouvé des avaries le prêteur doit l'en indemniser.

Le mot *avaries*, en fait de contrat à la grosse, s'entend de toute perte, détérioration ou dépense, qu'une force majeure ou un cas fortuit maritime oblige de faire ou de supporter, dans les choses affectées au prêt, ou à leur occasion.

Si ce sont des avaries communes, le prêteur doit tenir compte à l'emprunteur de ce qu'il est obligé de payer pour sa contribution, ou de ce à quoi sont évaluées celles des choses affectées au prêt, qu'on a sacrifiées pour le salut commun ; sauf à recevoir, comme subrogé, ainsi qu'on l'a vu n° 855, ce que les autres chargeurs seront obligés de payer pour leur contribution. Si le prêt n'a porté que sur une partie aliquote, la perte est supportée proportionnellement par le prêteur et l'emprunteur. Ainsi, une pacotille valait 3,000 francs, et l'emprunt a été fait sur moitié ; les avaries la réduisent à une valeur de 2,000 francs seulement ; le droit du prêteur ne s'exerçant que sur 1,000 francs, il ne sera en perte qu'à raison de la quotité affectée, et la contribution aux avaries sera supportée proportionnellement par le prêteur et l'emprunteur. Il n'en serait pas de même si on eût emprunté 1,500 francs sur la pacotille entière, quoique d'une valeur de 3,000 francs.

Si les avaries sont simples, soit qu'elles consistent en détériorations ou pertes, soit qu'elles consistent en dépenses pour réparations, séjours forcés, changement de navire, prix de rachat, frais de main levée, etc., le prêteur supporte la somme à laquelle elles sont évaluées, et n'obtient de subrogation que si l'emprunteur a droit de s'en faire rembourser et garantir par d'autres.

On peut, comme nous l'avons dit n° 895, convenir que le prêteur ne sera point tenu de cette seconde espèce d'avaries. Il n'en est pas de même pour les avaries communes ; autrement ce serait dénaturer la convention de prêt à la grosse, puisque ce n'est qu'au sacrifice qui produit ces avaries que le prêteur doit la conservation de son gage.

Les sommes qui doivent être ainsi remboursées par le prêteur s'imputent sur le capital prêté à la grosse, à l'effet de diminuer le profit maritime, mais seulement du jour que le prêteur a été mis en demeure de contribuer.

CHAPITRE VI.

Du Ristourne ou Dissolution du Contrat à la grosse, pour défaut ou insuffisance d'objets affectés.

927. On a vu, par tout ce que nous avons dit, que le prêt à la grosse ne devait pas être, pour l'emprunteur, un moyen de s'enrichir injustement au préjudice du prêteur. Il s'ensuit que si les marchandises n'ont pas été exposées à des risques, ou si on n'y expose que des valeurs au-dessous de la somme empruntée, cette somme ou la partie qui excède la valeur des choses mises en risques n'est plus censée avoir été prêtée à la grosse.

Ce contrat, indépendamment des caractères déjà indiqués, est conditionnel. Quoique le consentement des parties, et, si l'on veut même, la tradition des choses ou valeurs prêtées aient fait naître des obligations

parfaites et irrévocables, il est de son essence qu'il ne produise les effets qui lui sont propres, qu'autant que les choses affectées au prêt auront été exposées à des risques maritimes. Cette condition est nécessairement sous-entendue, comme nous l'avons vu, n° 871, pour l'assurance; et si elle n'est pas accomplie, le prêt n'est pas aléatoire, il devient un prêt ordinaire; il y a une diminution proportionnelle, qu'on nomme *ristourne*, tant sur le capital que sur les profits maritimes.

Le ristourne peut donc avoir lieu par défaut ou par insuffisance de choses exposées aux risques. Nous en ferons l'objet des deux sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

Du Ristourne pour défaut de mise en risques.

928. Le ristourne, pour défaut de mise en risques, a lieu sans que le prêteur puisse s'y refuser, même sous prétexte que ce serait par le fait ou la faute de l'emprunteur que le voyage n'aurait pas d'exécution. Si le prêteur exigeait dans ce cas le paiement du profit maritime convenu, il recevrait le prix d'un risque qu'il n'aurait jamais couru. Il ne doit donc avoir droit qu'à son capital et aux intérêts, à compter du jour du prêt, au taux légal du commerce. Ces intérêts sont la représentation de l'usage de ses fonds, usage que sa conduite annonce clairement qu'il aurait fait d'une autre manière; c'est l'indemnité d'un manque de gain, d'une véritable perte, et le droit de les exiger n'a rien de contraire aux vrais principes.

On lui accorde en outre demi pour cent de la somme réduite en simple prêt, comme une sorte d'indemnité des peines, droit de signature et démarches que la convention a pu occasionner, par analogie de ce que nous avons vu avoir lieu, n° 873, pour les assurances.

Il y a défaut de risques lorsqu'on expédie un navire, ou lorsqu'on charge des choses que ne désigne pas le contrat; lorsqu'on les expédie pour un voyage autre que celui qui a été convenu; lorsque le navire ne part point; ou enfin lorsqu'il part pour une autre destination.

Si les choses substituées à celles qu'on devait charger, ou désignées pour affectation au prêt, ayant été dirigées vers une destination autre que celle convenue, arrivent à bon port, il n'y a pas lieu, pour le prêteur, à prendre, pour le paiement de son capital et des intérêts légaux, un droit privilégié sur ces effets, même à titre de nantissement.

SECTION II.

Du Ristourne pour insiffisance de choses exposées aux risques.

929. Tout ce que nous avons dit sur la nature du prêt à la grosse, la consistance et la désignation des choses affectées, conduit à la conséquence que le prêteur a droit d'exiger de l'emprunteur qu'il justifie qu'au moment de l'événement qui a occasionné la perte des effets chargés dans le navire, il y avait, pour son compte, jusqu'à concurrence de la somme empruntée, ou, s'il a emprunté pour aller faire des achats outremer, que la somme y destinée se trouvait en nature sur le navire, et de contester la preuve qu'en ferait ce dernier.

C'est par les connaissements, déclarations du capitaine, et tous autres moyens admis comme preuve, que le chargement doit être justifiée comme nous l'avons dit n° 832.

Quant à la valeur, nous avons vu, n° 833, comment celle des marchandises devait être justifiée. Celle du navire s'établit par l'exhibition de pièces probantes, ou par un rapport d'experts dressé dans la forme prescrite par l'art. 10 de la déclaration du 17 août 1779.

Mais comme, dans le contrat d'assurance, l'insuffisance peut résulter ou de la fraude ou de la simple erreur, nous allons faire de cette distinction l'objet de deux paragraphes.

§ 1er. *Du Ristourne résultant de la fraude de l'emprunteur.*

930. Lorsque le résultat d'une vérification apprend que la totalité des choses affectées au prêt n'a pas été exposée à des risques, ou que ces choses n'ont pas la valeur indiquée,

l'emprunteur peut se justifier, en prouvant que le déficit dans le chargement, ou l'excès dans l'évaluation, procède de quelque erreur soit de sa part, soit de celle de son commissionnaire.

Il faudrait suivre, à cet égard, ce que nous avons dit n° 878. Sans doute il ne serait pas convenable qu'on s'arrêtât à des différences qui n'auraient rien d'important, ou à de faibles inégalités. Mais la fraude serait toujours présumée contre celui qui aurait emprunté à la grosse sur des effets déjà assurés, ou qui aurait fait assurer des effets déjà affectés à un prêt, ou enfin qui, ayant emprunté et fait faire des assurances sur le même chargement, n'aurait pas, en délaissant aux assureurs, fait les déclarations à l'aide desquelles ceux-ci pussent vérifier si le prêt et l'assurance réunis égalent ou excèdent la valeur de ces objets.

931. Si le prêteur parvient à établir la fraude de l'emprunteur, le contrat peut être annulé sur sa demande, et l'emprunteur est tenu alors de rembourser la somme totale, sans qu'il puisse faire la convention en quelque partie que ce soit ; mais il n'est dû au prêteur aucun profit maritime, puisqu'il n'a couru aucun risque. Il est, toutefois, présumable que les tribunaux n'hésiteraient pas à lui allouer les intérêts, suivant le cours du commerce de terre, à titre de dommages-intérêts.

L'emprunteur ne peut exciper de cette fraude prouvée contre lui, ou dont il viendrait faire l'aveu, pour se dégager du paiement des profits maritimes, dans le cas où le prêteur, n'ayant point demandé le ristourne, exigerait, après l'heureuse arrivée, le paiement du capital et des profits maritimes : ce n'est pas celui qui a commis la fraude qui peut l'alléguer. L'annulation du prêt étant une faculté accordée au prêteur trompé, il est seul maître de l'exercer.

Il est bien vrai qu'il aura eu la double chance, dans le cas d'heureuse arrivée, d'exiger la somme prêtée et le profit, et, en cas de sinistre, de s'affranchir des risques ; mais c'est une juste peine contre l'emprunteur qui est en fraude.

Ces droits du prêteur appartiennent à celui à qui il aurait transporté sa créance, dans les cas dont nous avons parlé n° 899.

§ II. *Du Ristourne causé par erreur de l'emprunteur.*

932. Il peut arriver que, sans fraude de l'emprunteur, la totalité des choses affectées n'ait point été chargée, ou qu'elles n'aient pas une valeur égale à la somme prêtée. Le contrat est valable jusqu'à concurrence de la valeur réelle des objets affectés à l'emprunt et chargés dans le navire ; et ce qui excède forme une créance ordinaire dont le prêteur a droit d'être remboursé avec intérêts, comme nous l'avons vu n° 928, soit que le navire vienne à périr, soit qu'il arrive à bon port. La déduction peut alors être demandée par l'emprunteur qui est en bonne foi ; le prêteur ne peut lui opposer que, le voyage étant accompli et le navire arrivé heureusement, il doit profiter de la chance, parce qu'il était possible qu'en cas de perte l'emprunteur n'eût pas excipé du ristourne. Mais c'est à ce dernier de prouver sa bonne foi ; et les circonstances dans lesquelles il fera valoir cette exception le rendront plus ou moins favorable.

La réduction se fait alors à la valeur des objets qui auront été effectivement chargés dans les termes de la convention. Par exemple, un chargeur prend à la grosse 6,000 fr. moyennant 20 pour 100 ; il ne charge des effets que pour 3,000 francs. Si le navire périt corps et biens, le prêt étant réduit à 3,000 francs, le prêteur ne sera en perte que de cette somme, et l'emprunteur ne pourra exciper de l'accident qui a fait périr son chargement entier, pour se dispenser de rembourser, avec l'intérêt légal, 3,000 francs qui n'étaient point garantis par des marchandises chargées. S'il y a heureuse arrivée, le prêteur ne pourra exiger que 3,000 fr. avec le profit de 20 pour 100 ; les 3,000 fr. non garantis lui seront payés comme prêt ordinaire, avec demi pour cent d'indemnité ; et, dans ce cas particulier, il conserve, pour le paiement, son privilége sur les objets affectés. S'il y a perte ou autre accident partiel, on n'en fera l'imputation que sur les 3,000 francs réellement garantis.

TITRE VII.

DES PÊCHES MARITIMES.

933. La pêche n'est pas considérée seulement comme branche d'industrie, mais

encore comme préparant, pour la marine de l'État, des hommes habitués aux dangers de longues et pénibles navigations. C'est dans cet esprit que, conformément à l'ordonnance du 17 septembre 1823, le temps employé par les marins classés à la pêche maritime sur des bâtiments ou bateaux ayant mât, voiles et gouvernail, et munis d'un rôle d'équipage, est sans distinction d'espèce, de distance des côtes, d'état de paix ou de guerre, admis, pour la moitié de la durée effective, au nombre des services qui donnent droit à l'obtention des demi-soldes et autres pensions réglées d'après la loi du 13 mai 1791. Cette même navigation est également admise, dans une proportion semblable, pour la liquidation des soldes de retraite, suivant les bases établies par les articles 8 et 9 de l'arrêté du 29 août 1803 (11 fructidor an XI).

Les pêches maritimes ont été l'objet de réglements nombreux. Les uns ont embrassé, par des dispositions générales, les moyens de réprimer les abus qu'une avidité imprévoyante pourrait introduire dans cette branche d'industrie : les autres ont pour but de protéger et d'encourager certaines pêches particulières qui, présentant de grands dangers et de modiques bénéfices, ou qui, se liant aux besoins et à la prospérité de la marine, méritaient un intérêt spécial.

Nous allons considérer la pêche sous ce double rapport, dans deux chapitres.

Nous ne dirons rien d'une espèce particulière de pêche qui n'a même qu'improprement cette dénomination, celle du varech, sur les rivages. C'est un objet de pure police, réglé par les arrêtés des 2 août 1798 (15 thermidor an VI) et 6 août 1802 (18 thermidor an X).

CHAPITRE PREMIER.

Des Mesures contre les abus dans l'exercice de la Pêche maritime.

934. L'article Ier du titre I du livre V de l'ordonnance du mois d'août 1681, maintenue en ce point par le décret du 6 octobre 1793 (15 vendémiaire an II), déclare que la pêche maritime est libre; l'acte du 25 octobre 1806 a dispensé les pêcheurs de prendre patente; mais ils sont considérés comme gens de mer, et classés ainsi qu'il est dit n° 694.

Conformément au décret du 2 octobre 1793, les engagements qui peuvent être pris par les maîtres pêcheurs des différents ports et les armateurs ou propriétaires des bateaux de pêche ne peuvent excéder le terme d'une année ou de deux saisons de pêche.

L'ordonnance précitée et l'acte du gouvernement du 30 mars 1801 (9 germinal an IX), déclarent que nul ne peut se réserver sur le rivage, de lieux et de moyens particuliers de pêche, connus sous la dénomination de *madrague* et *bordigues*, sans une concession du ministre de la marine.

La liberté de pêcher, quelque étendue qu'elle soit, reçoit des limites qu'impose l'intérêt de la pêche même. Ainsi, les ordonnances des 23 avril et 24 décembre 1726, maintenues par les lois des 12 décembre 1790, 15 avril 1791, et le décret du 12 mars 1803 (21 ventose an XI), défendent, sous peine de 300 fr. d'amende et de saisie des bateaux, de faire la pêche avec rets, filets ou traineaux nommés *dragues* ou *drèges*; de se servir, pour battre l'eau ou brouiller le fond, de perches, fourches, pointes, ou de tout autre instrument susceptible de détruire les espèces; d'employer, pour la pêche, des bateaux sans quilles, voiles ou gouvernails, connus sous le nom de *picoteurs;* de pêcher ou faire pêcher, sous aucun prétexte, du poisson de premier âge, quelle que soit sa dénomination.

Lorsque des individus sont déjà en possession d'un lieu où ils font la pêche, il n'est pas permis à d'autres de les y troubler en jetant leurs filets dans la même place; et s'ils font partie d'une flotte de pêcheurs, ils ne peuvent, sous aucun prétexte, quitter le rang qui leur est assigné. En cas de contravention, une amende de 50 francs est prononcée, sans préjudice des dommages-intérêts.

Lorsque la pêche se fait de nuit, ceux qui s'y livrent doivent indiquer, par des feux, le lieu où ils sont rassemblés, à moins que l'apparition de ces feux sur des parages dangereux ne pût y attirer et faire perdre des navires.

L'ordonnance du 18 mars 1727 complète les dispositions précédentes, et détermine la grandeur des mailles des filets, qui varie à raison de l'espèce particulière de pêche et de la situation différente des lieux. La déclaration du 18 décembre 1728 contient

aussi des règles sur la pêche des moules, et l'arrêt du conseil, du 20 juillet 1787, ainsi que l'ordonnance du 24 juillet 1816, règlent celle des huîtres.

La surveillance de la pêche a été confiée, dans tout ce qui tient à ses rapports politiques et généraux, à l'administration maritime; et sa police journalière et continue a été attribuée, dans les lieux où il en existe, aux prud'hommes pêcheurs dont nous avons indiqué les attributions n° 108, et dans les autres, à l'administration municipale.

La pêche est également soumise, dans l'intérêt de la sûreté et de la santé publiques, à quelques précautions ou restrictions déterminées par les règlements que le roi ou les administrations locales peuvent faire en vertu des décrets des 21 juin et 8 octobre 1810, et de la loi du 3 mars 1822; les pêcheurs ne pourraient s'y soustraire, sous prétexte de la liberté illimitée accordée par les lois générales.

CHAPITRE II.

Des Encouragements et Règles pour certaines Pêches.

935. Nous avons dit, n° 933, qu'outre les règles générales qui s'appliquaient indistinctement à toutes les espèces de pêches, il en existait de particulières pour l'encouragement et la police de certaines pêches qui méritaient plus spécialement la protection de l'État.

Les principales sont : la pêche de la baleine et du cachalot, celle de la morue, celle du hareng; enfin celle du corail.

Tout armateur qui veut se livrer à la pêche de la baleine peut, par exception à ce que nous avons dit n° 694, composer son équipage moitié de marins étrangers, et employer des navires non construits en France, qui jouissent d'abord, par le fait seul de cette destination, d'une francisation provisoire, laquelle devient définitive s'ils ont été employés pendant cinq ans consécutifs à la pêche de la baleine et des poissons à lard, et s'ils ont fait deux voyages dans la mer Pacifique, ou quatre dans les mers du Nord.

Conformément à la décision royale du 8 janvier 1823, les marins français engagés par un armateur pour une expédition à la pêche de la baleine, ne peuvent être commandés pour le service de l'État, s'ils ont déjà fait, ou deux campagnes dans les mers du Nord, ou une dans les mers du Sud, sur un navire employé à la pêche de la baleine; s'ils énoncent l'intention de s'adonner particulièrement à cette pêche, si le capitaine sous les ordres duquel ils auront servi atteste, par écrit, qu'ils ont montré une aptitude suffisante; enfin, si l'armateur qui les aura engagés pour un nouvel armement en fait aussi la déclaration écrite. Les armateurs ne sont admis à faire cette déclaration que six mois avant le départ du navire pour la pêche. Si des marins pour lesquels des déclarations d'engagements auraient été faites, venaient se présenter pour naviguer sur des bâtiments non destinés à la pêche de la baleine, ils doivent être immédiatement levés pour le service des bâtiments de l'État. Dans le cas où l'engagement pour la pêche de la baleine resterait sans effet par la non expédition du navire à la pêche, si les marins compris dans cet engagement n'en contractent point un nouveau avec un autre armateur pour une destination de même nature, ils rentrent dans la catégorie des marins susceptibles d'êtres levés. Les commissaires de l'inscription maritime doivent adresser au ministère de la marine, avant l'armement, l'état nominatif des navires qui auront été engagés à l'avance pour la pêche de la baleine, et qui auront satisfait aux conditions ci-dessus exprimées.

Le ministre de la marine peut proposer au garde des sceaux de solliciter la concession de *lettre de naturalité* en faveur des capitaines étrangers employés à la pêche de la baleine, lorsque ces marins étrangers ont fait, en qualité de capitaines, trois campagnes, soit dans les mers du Nord, soit dans les mers du Sud, pour le compte d'armateurs français; si, d'ailleurs, l'administration de la marine a reconnu que, pendant la durée des campagnes, ces navigateurs étrangers se sont bien comportés à l'égard des marins français placés sous leur conduite habituelle, et qu'enfin ces mêmes capitaines ont déclaré l'intention de fixer leur domicile en France.

Aux termes de divers arrêts du conseil, de la loi du 27 mai 1792, des actes du

gouvernement des 30 décembre 1801 et 6 juin 1802 (9 nivose et 17 prairial an x), et des ordonnances des 8 février 1816 et 14 février 1819, il est accordé aux armateurs qui se livrent à la pêche de la baleine une prime de 50 francs par tonneau, par chaque navire qu'ils expédient pour la pêche de la baleine et du cachalot, dans les mers du Nord et du Sud. Si le navire doublant le cap Horn, ou franchissant le détroit de Magellan, se livre à cette espèce de pêche ou à celle de toute autre cétacée ou amphibie, la prime est doublée à son retour, pourvu que la navigation ait excédé seize mois, et n'en ait pas dépassé vingt-six. La prime est de 60 fr. par tonneau, et doublée au cas précité, si l'équipage est composé en entier de marins français, si le navire a été construit et équipé en France, si les ustensiles et instruments nécessaires proviennent de manufactures nationales.

Ces primes ne sont accordées qu'au cas où les officiers français qui doivent entrer dans l'état-major de l'équipage, sont tous capitaines au long cours, et au cas où le capitaine étant étranger, le second appelé à le remplacer dans le commandement serait Français, capitaine au long cours.

Les primes déterminées par les différents réglements sont accordées, à la charge par l'armateur de déclarer au bureau de la marine du port d'armement, s'il destine son navire à la pêche septentrionale ou méridionale. Il doit se soumettre à remplir la destination indiquée; à faire faire le retour du navire dans un des ports du royaume; à n'apporter aucun produit de pêches étrangères; à tenir un journal exact de sa navigation, et à payer une double prime au cas où il n'accomplirait pas les obligations qui lui sont imposées. Pour sûreté de cette dernière condition, il est tenu de fournir caution bonne et solvable.

Après le voyage accompli, l'armateur qui réclame la prime doit produire le rôle d'équipage, l'extrait de la déclaration ci-dessus prescrite et faite devant l'administration de la marine, au bas de laquelle le commissaire des classes certifie le départ du navire; le procès-verbal de jaugeage certifié exact par les agents de la marine et des douanes; l'acte de cautionnement auquel est joint le journal dressé par le capitaine, des lieux, des pêches et des circonstances qui les ont accompagnées; et enfin une déclaration constatant le poids et la quantité des objets composant la cargaison.

Le commissaire des classes interroge collectivement ou séparément les hommes de l'équipage, compare leur déposition avec le journal du capitaine et la déclaration qu'il a faite. Si ces différentes preuves s'accordent et s'éclairent mutuellement, il certifie la régularité de l'expédition; et les primes sont payées sur cette attestation par le ministre de l'intérieur. S'il y a irrégularité, l'armateur ou, à son défaut, la caution paie la double prime.

Outre l'obligation commune à tous les capitaines de navire, de déclarer à leur arrivée dans le lieu de leur destination et à tous les ports intermédiaires où les événements maritimes les forcent de relâcher, les circonstances de leur navigation, conformément à ce que nous avons dit n° 648, tous les capitaines baleiniers doivent faire une semblable déclaration aux vaisseaux de l'État qu'ils peuvent rencontrer durant leur expédition.

936. La pêche de la morue a été l'objet particulier de divers réglements anciens, de la loi du 10 avril 1791, des actes du gouvernement des 8 mars et 6 juin 1802 (17 ventose et 17 prairial an x), du 4 février 1805 (15 pluviose an xi), et des ordonnances des 13 février 1815, 8 février 1816, 21 octobre 1818, 4 octobre 1820, 21 novembre 1821.

Aux termes de ces différents réglements, des primes qui varient à raison de l'espèce de pêche entreprise, sont accordées aux armateurs. Elles sont d'abord distinguées en deux classes : primes d'armement; primes sur les produits.

L'armateur d'un navire destiné à la grande pêche de la morue jouit, pour toute expédition dirigée vers les îles Saint-Pierre et Miquelon, et à la côte de Terre-Neuve, d'une prime de 50 fr. par homme de l'équipage; dans lesquels ne sont point compris les passagers et les ouvriers non classés.

Lorsque l'expédition se borne à la pêche dans les parages de l'Islande ou au grand banc de Terre-Neuve, et en tous autres lieux compris sous la dénomination de petite pêche, la prime est réduite à 15 francs; et si par le genre de l'expédition, elle peut se renouveler plusieurs fois dans ce qu'on appelle une *saison*, il n'est payé

qu'une seule prime pour toute la durée de cette saison. Mais si l'armateur, qui a d'abord dirigé son expédition vers le grand banc, compris sous la dénomination de petite pêche, porte ensuite ses produits aux îles de Miquelon ou de Saint-Pierre, pour les y faire sécher, il a droit, d'après les dispositions de l'ordonnance du 4 octobre 1820, à une prime égale à celle qui est accordée pour la grande pêche.

Toute exportation d'un quintal métrique de morue provenant des pêches françaises, donne à l'armateur droit à une prime de 40 fr., si elle est faite dans les colonies par un navire français; de 12 fr., si l'exportation a lieu pour l'un des ports de la Méditerranée, de l'Espagne, de l'Italie, du Portugal et de Barbarie, ou à une des échelles du Levant; et de 10 francs si elle est faite directement du lieu de la pêche dans ces mêmes ports. Une prime de 10 centimes par kilogramme est accordée à toute importation d'huile de morue dans le royaume, et une de 20 centimes par même quantité de rogue et d'œufs de morue.

Pour avoir droit à ces primes, diverses conditions et formalités sont imposées. Elles varient à raison des objets auxquels elles s'appliquent, c'est-à-dire selon qu'il s'agit de prime d'armement ou d'exportation.

Les conditions à remplir, pour les primes d'armement, sont, en tout, semblables à celles que nous avons vu être imposées aux armateurs des navires destinés à la pêche de la baleine. La seule différence consiste en ce que l'obligation de faire retourner le navire n'est point limitée aux ports de France, mais que les armateurs peuvent diriger leur retour vers les ports d'Espagne, de Portugal et d'Italie, et que la soumission qui leur est imposée doit être faite devant le préfet.

L'exportation peut avoir lieu directement, soit du lieu où la pêche a été faite, soit des ports de France où la morue d'abord importée reçoit ensuite une destination extérieure. Les conditions et les formalités diffèrent encore à raison de ces deux genres d'exportation.

Lorsque la morue est directement exportée du lieu de la pêche, pour les colonies, les ports d'Italie, d'Espagne, de Portugal, ou pour une des échelles du Levant, il est nécessaire que l'armateur rapporte, pour obtenir la prime, un certificat du commissaire-ordonnateur des colonies, ou des consuls en pays étranger, constatant qu'il a reçu du capitaine et de trois des principaux mariniers, la déclaration, justifiée par le livre de bord, du nom du navire, du lieu de la pêche et du chargement, et de la quantité de morue apportée; et que par lui-même ou par un délégué spécial, il a assisté à la pesée, et vérifié l'exactitude de la quantité déclarée. Lorsque la morue, d'abord importée, est ensuite exportée pour un des lieux ci-dessus indiqués, l'armateur qui veut jouir de la prime doit justifier du départ et de la destination accomplie.

Le départ se constate par une déclaration faite par l'expéditeur au bureau de la marine de la quantité de morue qu'il veut exporter, de sa destination, du nom du navire, etc. Deux courtiers doivent attester au bas de cette déclaration que les morues proviennent de pêches françaises, et qu'elles sont d'une qualité loyale et marchande. Cette attestation, visée par le président du tribunal de commerce, est de plus vérifiée par les préposés des douanes, et son exactitude certifiée par le directeur ou receveur de cette administration. La destination accomplie se justifie par un certificat délivré par l'ordonnateur de la colonie, ou, en pays étranger, par un consul, constatant que la morue, en la qualité déclarée, a été mise dans le commerce.

Des formalités qui offrent une pareille garantie contre les fraudes ont été imposées aux armateurs qui veulent jouir de la prime d'importation accordée aux huiles de morue et aux rogues. Le capitaine du navire doit déclarer, à la douane la quantité importée et affirmer qu'elle provient de pêches françaises; cette déclaration doit être justifiée par le livre de bord, et l'audition collective ou séparée des gens de l'équipage. Outre l'attestation des officiers de la douane, le poids net des huiles et rogues, ainsi que leur qualité doivent être constatés dans la forme que nous avons indiquée en parlant de l'exportation des morues. Toutes les primes ci-dessus indiquées sont payées par le ministre de l'intérieur, sur la justification régulière et l'exhibition des pièces ci-dessus.

La police de cette pêche à l'île de Terre-Neuve, et la distribution des emplacements, sont réglées par l'arrêté du 5 mars 1803 (14 ventose an XI), l'ordonnance du 13 fé-

vrier 1815, celle du 21 novembre 1821, et le réglement du ministre de la marine qui y est annexé.

937. La pêche des maquereaux et des harengs n'a pas moins excité la sollicitude du gouvernement. L'arrêt du conseil du 24 mars 1687, le décret du 6 octobre 1793 (15 vendémiaire an II), les actes du gouvernement du 2 février 1803 (13 pluviose an XI), du 21 juin et du 8 octobre 1810, les ordonnances des 14 août 1816 et 4 janvier 1822, contiennent un grand nombre de dispositions sur cette matière, et déclarent qu'elle est libre à tout Français et en tout temps, même pendant la nuit, en se conformant aux réglements locaux.

Les pêcheurs ne peuvent, sous peine de 300 fr. d'amende et de confiscation de leur pêche et bateau, introduire aucun produit de pêche étrangère. Tout maître de barque qui apporte dans le port, comme frais, des harengs ayant une ou deux nuits, est passible de confiscation et d'une amende de 100 fr. Le hareng est réputé de deux nuits, lorsqu'il n'est pas apporté le jour qui les suit avant onze heures du soir. Le hareng de trois nuits ne peut être vendu qu'au consommateur immédiat, ou pour faire l'espèce de hareng appelé *craquelot*. Celui de quatre nuits ne peut l'être, sous quelque prétexte que ce soit. La vente doit être faite à la mesure et non au triage, sous peine de trois jours de prison, de 100 fr. d'amende, et de confiscation prononcée contre les pêcheurs.

Ceux-ci doivent interdire, sous la même peine, l'entrée de leurs bateaux à toutes personnes, excepté aux débitants inscrits dans la forme déterminée, comme acheteurs d'une quantité fixée; ils doivent encore faire vérifier, tous les ans, les mesures qu'ils emploient, et en déposer une au tribunal de commerce, pour y servir d'étalon en cas de contestations.

Ils doivent procéder au mesurage sur le quai, avec des pelles non ferrées, et ne point introduire dans les masses de poissons, des rogues et autres ordures, à peine de tous dépens, dommages et intérêts, même de poursuites correctionnelles, en cas d'infidélité.

Les pêcheurs qui se conforment exactement aux dispositions prescrites, ne peuvent être attaqués, sous prétexte de la qualité inférieure du hareng livré, à moins que la quantité de poisson qui donnerait lieu au refus, n'excède le cinquantième de la livraison.

Pour assurer l'exacte exécution des mesures indiquées, des syndics dont les fonctions sont gratuites, doivent être nommés par la chambre de commerce, là où il en existe, et, à son défaut, par le tribunal de commerce. Ils prêtent serment devant ce tribunal ou devant le juge de paix, et peuvent s'adjoindre un ou plusieurs aides salariés, nommés de la même manière. Leurs fonctions consistent à surveiller la livraison des harengs; à dresser procès-verbal de toute contravention, et à l'envoyer dans les vingt-quatre heures aux procureurs du roi, chargés d'en poursuivre la répression devant les tribunaux correctionnels. Les syndics peuvent encore saisir provisoirement et mettre en séquestre la marchandise expédiée et qu'ils reconnaissent d'une qualité frauduleuse ou défectueuse. Des réglements de police locale peuvent être provisoirement arrêtés par les maires, dans la vue d'assurer la loyauté des ventes; mais ils ne sont exécutoires qu'après l'approbation du roi.

938. La pêche du corail est soumise aussi à quelques règles qu'il appartient à l'administration publique de déterminer.

D'anciens réglements renouvelés par un acte du gouvernement, du 17 janvier 1801 (27 nivose an IX) et une loi du 7 mai 1802 (17 floréal an X), avaient décidé que cette pêche serait attribuée à une compagnie privilégiée, ce moyen paraissant le plus approprié à la branche d'industrie qu'il s'agissait de mettre à profit; mais ils sont restés sans exécution. Ceux qui s'y livrent dans les lieux où la France a un droit exclusif, sont seulement assujettis au paiement d'une rétribution et aux mesures de police que les circonstances rendent nécessaires.

TITRE VIII.

DES PRIVILÉGES RÉSULTANT DES CONTRATS MARITIMES.

939. Les divers contrats maritimes, qui ont fait l'objet des titres précédents, peuvent donner naissance à des créances dont nous avons indiqué les effets, autant que le besoin

l'exigeait et que l'ordre des matières le permettait.

En principe, ces créances ne sont pas d'une nature différente des autres dettes commerciales, qui, fussent-elles privilégiées, ne donnent point le droit de suivre les objets ou marchandises qui y sont affectées, dans les mains des tiers-acquéreurs de bonne foi; et comme ce n'est que dans le cas d'insolvabilité d'un débiteur, que ses créanciers ont intérêt à réclamer ou à se contester un rang de collocation, nous pourrions nous borner à n'en parler qu'en traitant des faillites.

Néanmoins, l'intérêt du commerce maritime a fait établir, en ce qui concerne les navires, des règles spéciales qui font exception au droit commun relatif aux biens meubles. Quoique ces règles ne s'étendent pas au fret et au chargement, l'analogie des matières et le désir de réunir dans la même partie ce qui concerne les contrats maritimes, nous porte à nous en occuper simultanément.

Ce titre sera donc divisé en quatre chapitres. Le premier traitera des diverses créances sur les navires, et de leurs effets; le second, des privilèges sur le fret; le troisième, des privilèges sur le chargement; le quatrième, de l'extinction de ces privilèges.

CHAPITRE PREMIER.

Des diverses Créances auxquelles les navires sont affectés, et de leurs effets.

940. Un navire est, comme tous les biens d'un débiteur, affecté au paiement de ses dettes. Les créances doivent être considérées dans leur nature, qui les rend privilégiées ou non privilégiées, dans les droits qu'elles donnent aux créanciers, soit à l'égard du débiteur, soit à l'égard des tiers, soit entre eux, lorsque le prix entier ne paraît pas suffisant pour les payer tous.

Nous allons nous occuper, dans ce chapitre, de ces différents rapports. Dans une première section, nous ferons connaître de quelle manière un navire est affecté aux dettes de celui à qui il appartient; dans la seconde, comment l'acquéreur peut purger les droits des créanciers; dans la troisième, d'après quel ordre ceux-ci doivent être colloqués; la quatrième sera destinée à offrir quelques règles relatives aux droits sur les débris des navires naufragés.

SECTION PREMIÈRE.

De quelle Manière un navire est affecté aux dettes de celui à qui il appartient.

941. Nous avons vu, nos 608 et suivants, dans quels cas et dans quelles formes les créanciers pouvaient faire opérer la saisie et vente forcée d'un navire. Mais par une dérogation au droit commun, que nous avons indiquée n° 918, même après que ce débiteur s'en est dessaisi en vertu d'un titre par lequel il en a transféré la propriété à un acheteur de bonne foi, le navire ne cesse pas d'être affecté aux droits des créanciers du vendeur, jusqu'à ce que le nouveau propriétaire ait purgé son acquisition, de la manière expliquée dans la section suivante.

Il suffit que la créance ait une date certaine et antérieure à celle de l'acte translatif de propriété, quelle que soit d'ailleurs son origine, quelqu'étrangère qu'elle puisse être aux opérations commerciales. Mais lorsque plusieurs créanciers sont en concurrence, on préfère ceux qui sont privilégiés, et, parmi ces derniers, ceux à qui la loi accorde une faveur particulière.

Si le navire appartient à plusieurs, la part de chacun est affectée à ses dettes extra-sociales, mais seulement après que les créanciers de la communauté, privilégiés ou non, ont été satisfaits : c'est une conséquence des principes sur les sociétés, que nous développerons dans la cinquième partie.

Ces notions indiquent la division de cette section en deux paragraphes : le premier fera connaître quelles sont les dettes privilégiées sur les navires; le second, quel est le sort des dettes non privilégiées.

§ Ier. *Quelles sont les Dettes privilégiées sur les navires.*

942. Nous suivrons, dans ce paragraphe, l'ordre naturel des événements qui peuvent donner naissance aux privilèges; c'est dans

la troisième section, qu'en traitant de l'exercice des droits des divers créanciers, nous ferons connaître dans quel rang ils doivent être colloqués.

Ces priviléges sont: les frais de justice; ceux du trésor public; les frais de garde et entretien du navire; ceux des constructeurs, des vendeurs, des personnes qui ont fait des réparations au navire, ou fourni des magasins pour les agrès; les loyers de gens de mer; les fournitures de victuailles; les engagements que produit la charte-partie; les emprunts à la grosse; la prime d'assurance.

Comme ils n'appartiennent qu'à la classe de ceux qu'on appelle priviléges sur certains meubles, sans apporter aucun changement à l'application des principes du droit commun sur les priviléges généraux que nous indiquerons en traitant des faillites, nous nous bornons à donner ici des notions sur ce qui est spécialement relatif aux contrats maritimes qui ont fait l'objet des titres précédents.

En faisant connaître, n° 954, l'ordre de ces priviléges, nous indiquerons comment le droit de créance doit être établi.

ART. I. *Des Sommes dues pour construction, ventes, réparations de navires, ou pour le magasinage des agrès.*

943. Lorsque le propriétaire d'un navire l'a fait construire, on doit distinguer, comme nous l'avons fait, n° 602, s'il a employé des fournisseurs ou des ouvriers qu'il a médiatement ou immédiatement engagés, ou s'il a traité à forfait avec un entrepreneur de construction. Dans le premier cas, les ouvriers acquièrent non-seulement un privilége sur le navire, mais encore une action personnelle contre celui qui l'a fait construire; dans le second, l'entrepreneur seul acquiert cette double action; mais les ouvriers employés par lui, quoiqu'ils n'aient aucune action personnelle contre celui pour qui le navire a été construit, ont un privilége sur ce navire, lorsqu'il n'est pas reconnu et constaté qu'ils ont eu connaissance du traité entre l'entrepreneur, de l'ordre duquel ils travaillaient ou faisaient des fournitures, et celui qui avait commandé le navire, d'une manière certaine et suffisante pour leur ôter l'exercice de leurs droits sur un objet qu'ils ont dû croire la propriété de l'entrepreneur, et qui est le produit de leur industrie [1]. Celui pour qui le navire a été construit ne pourrait, dans ce cas, se mettre à l'abri de leurs poursuites qu'en purgeant leurs droits, dans la forme que nous indiquerons dans la section suivante. Si, au contraire, il est reconnu et constaté qu'ils ont connu le marché entre le constructeur et celui qui a commandé le navire, de manière à les rendre non recevables contre ce dernier, ils n'ont d'action contre lui que pour ce qu'il peut devoir à l'entrepreneur. Ce que nous avons dit, n° 602, suffit pour démontrer que celui dont les matériaux auraient été employés, sans son consentement, pour construire un navire, pourrait exercer les mêmes priviléges que s'il avait fourni des matériaux pour cette construction.

Lorsque le navire a été acheté, le vendeur conserve un privilége pour le prix ou la partie du prix qui lui est dû. S'il arrivait que celui qui a fait construire un navire sur lequel les ouvriers et les fournisseurs ont des droits qui n'auraient pas encore été purgés, ces créanciers devraient nécessairement être préférés à ce vendeur pour ce qui leur est dû sur le prix représenté ou à représenter par l'acheteur.

Un navire, depuis qu'il a été construit ou acheté, a pu avoir besoin de réparations, les sommes dues pour cet objet ne sont pas moins privilégiées que celles qui seraient dues pour la construction.

Les frais de magasinage des agrès et apparaux du navire sont également privilégiés, avec une modification que produit la nature des choses. Si ces agrès sont réunis au navire, les frais sont considérés comme privilégiés sur le corps et armement, sans qu'il puisse, en les divisant, y avoir lieu à une distraction au profit du locateur : c'est la suite de ce que nous avons dit, n° 599. Mais tant qu'ils sont déposés dans ses magasins, il peut exercer sur eux un privilége particulier, conformément aux principes généraux sur les locations. A son égard, les agrès forment un principal, et il a pu ne louer ses magasins que par suite de la garantie qui lui était offerte.

ART. II. *Des Sommes dues aux gens de mer pour leurs loyers.*

944. Nous avons vu, n° 673, que les gens

[1] Rejet du 30 juin 1829, au nombre de cinq. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 357

de mer, quelque soit leur grade, lorsqu'ils sont engagés au voyage ou au mois, acquièrent, par suite de leurs engagements, indépendamment de leur droit exclusif sur le fret, un privilége sur le navire au service duquel ils sont attachés.

On ne pourrait pas, sous le prétexte que ce fret leur offre une garantie suffisante, les repousser d'une distribution du prix provenant du navire ou de ses débris, parce que lorsqu'on a une double action pour obtenir son paiement, on est libre de choisir celle qu'on croit la plus utile, et même de les exercer simultanément. Quant aux matelots engagés au fret ou au profit, ils n'ont rien à prétendre sur le navire : on a vu, n°s 690 et suivants, les motifs de cette différence.

Mais tous ces priviléges attachés aux loyers des matelots ne s'appliquent qu'à ceux dus pour le dernier voyage; les autres ne seraient considérés que comme des créances ordinaires.

ART. III. *Des Sommes dues pour victuailles.*

945. Les fournitures faites au capitaine pour la nourriture des gens de mer sont aussi privilégiées sur le navire, l'armateur étant obligé de nourrir son équipage; les motifs de ce privilége se font aisément sentir. Il faut toutefois remarquer que l'ordre ou consentement du capitaine est nécessaire, et que les fournitures faites sans cette précaution ne pourraient créer un droit quelconque contre l'armateur, et par conséquent un privilége sur le navire, à moins que le fournisseur ne prouvât qu'il n'y avait pas encore ce qu'on appelle, en termes de marine, *marmite à bord*, et que l'armateur aurait été obligé de faire cette même dépense.

ART. IV. *Des Obligations dérivant de la charte-partie.*

946. Le navire est affecté, par privilége, aux obligations que le fréteur a contractées par la charte-partie. L'inexécution de ces engagements peut avoir lieu, soit quand, par un fait ou une faute dont le fréteur est tenu, le transport ne s'effectue pas; soit lorsque les objets chargés n'arrivent point à leur destination, tant parce que le capitaine en aurait disposé pour les besoins du navire, que parce qu'il les aurait perdus, détournés, ou que, par toute autre faute de sa part, il n'en ferait pas la remise à la fin du voyage. Dans le premier cas, les dommages-intérêts dont nous avons parlé, n°s 709 et suivants, dans le second, les sommes dues pour prix des objets non représentés, et les dommages-intérêts qui pourraient être adjugés quand cette non représentation est le résultat d'un délit ou d'une faute du capitaine, sont privilégiés sur le navire.

Il n'est pas nécessaire, dans ce dernier cas, que les chargeurs justifient que le prix des objets non représentés, ou la détérioration qu'ils ont éprouvée, a profité au navire ou à son armateur. Fût-il évidemment démontré que le capitaine seul en a profité, ou qu'il en a détourné le prix à son avantage, le navire n'en serait pas moins affecté par privilége, pour le remboursement de leur valeur. Il en est de même de la portion contributive dans les avaries communes, qui doit être supportée par le navire et le fret, comme nous l'avons vu n° 743.

ART. V. *Des Obligations produites par les emprunts faits pour les besoins d'un navire.*

947. Ce que nous avons dit de l'objet du prêt à la grosse fait assez connaître comment cette espèce de créance, et même dans les cas où le contrat n'a qu'une exécution partielle, les sommes qui doivent être payées au prêteur à titre d'indemnité, les capitaux et les intérêts légaux qui doivent lui être restitués, sont privilégiés sur le navire qui y a été affecté, pourvu que les formalités prescrites aient été observées dans les délais déterminés.

On doit considérer aussi comme privilégiées, les sommes que le capitaine aurait empruntées purement et simplement, dans les cas de nécessité dûment constatée. Nous avons vu, n°s 631 et 644, qu'il peut, dans ces cas, s'aider de tous les moyens pour pourvoir aux besoins du navire; et ce serait, en quelque sorte, paralyser indirectement cette faculté d'emprunter purement et simplement, que de priver le prêteur d'une garantie qui, le plus souvent, détermine sa confiance.

ART. VI. *Des Obligations qui naissent de l'assurance.*

948. Par suite du privilége accordé au constructeur ou vendeur, la convention d'assurance donne à l'assureur un privilége sur le navire qu'il a assuré, pour la prime qui lui est due relativement au dernier voyage; et même le privilége nous semble devoir garantir le paiement du demi pour cent qu'il a droit d'exiger pour inexécution totale ou partielle de la convention. Ce sont des obligations contractées pour la conservation de la chose, qui doivent jouir d'un privilége analogue à celui de cette dernière espèce de créance.

§ II. *Des Dettes non privilégiées sur les navires.*

949. Les priviléges peuvent s'éteindre quelquefois, sans que la créance cesse pour cela d'exister. Dans ce cas, les créanciers n'ont pas d'autres droits que ceux de créanciers qui n'ont jamais été privilégiés; ils ne forment point une classe intermédiaire, ils retombent dans celle des créanciers ordinaires, et ne peuvent plus être admis qu'à une contribution avec ces derniers, sur ce qui reste après que les privilégiés sont satisfaits. Nous verrons même, dans la sixième partie, qu'ils n'ont plus, contre le tiers-acquéreur des objets affectés à leurs droits, l'action réelle qui était la base de leur privilége, et qu'ils peuvent seulement, s'il est débiteur de quelque somme envers celui dont ils sont créanciers, faire des saisies-arrêts, et provoquer une contribution dans laquelle cet acte de diligence ne leur donne aucun autre droit privilégié, que celui de réclamer les frais par eux faits pour y parvenir. Le vendeur lui-même n'est pas excepté de cette règle.

Il suit de ces principes, que toute créance qui n'est pas privilégiée sur un navire, soit parce que jamais elle n'a eu cette qualité, soit parce qu'elle en a perdu les avantages, vient en concurrence sous le nom commun de dette non privilégiée, quelle que soit son origine. Ainsi, le vendeur dont le rang a été pris par le prêteur à la grosse, dans le cas prévu n° 918, ne peut se présenter que comme créancier ordinaire. Mais il y a cela de particulier au droit commercial, que les créanciers, même non privilégiés, ont un droit de suite sur le navire vendu, tant que le nouveau propriétaire n'a pas rempli les formalités dont nous parlerons dans la section suivante.

SECTION II.

Comment peuvent être purgés les Droits des créanciers sur un navire.

950. Pour bien connaître les moyens à l'aide desquels le tiers-acquéreur d'un navire peut se mettre à l'abri du droit de suite dont nous venons de parler, il faut distinguer si la vente a été forcée ou volontaire.

Lorsque la vente a été forcée, les droits de l'adjudicataire à la propriété deviennent irrévocables; il ne doit que le prix de son adjudication, sur lequel les créanciers exercent leurs actions, ainsi que nous le verrons dans la section suivante.

Il en est autrement quand la vente est volontaire; mais il importe de bien déterminer le caractère distinctif entre la vente en justice et la vente volontaire, quoique quelquefois autorisée par justice.

La vente en justice est non-seulement celle qui a lieu par suite des poursuites d'un créancier, dans les cas indiqués n° 608, mais encore celle que la qualité de certains propriétaires obligeait à faire à l'audience des criées, dans les cas indiqués n° 616. On ne pourrait, toutefois, donner ce nom à la vente qu'un propriétaire de navire ferait ordonner à titre de licitation; on n'y verrait qu'une vente volontaire.

En ce qui concerne la vente volontaire, on distingue si, lors du contrat, le navire était dans le port, ou s'il était en voyage. Lorsque la vente a été faite, le navire étant dans le port, les créanciers du vendeur, privilégiés ou non, pour cause antérieure à la date de l'acte translatif de propriété, peuvent poursuivre leur paiement et exercer leurs droits sur ce navire, jusqu'à ce qu'il ait fait un voyage en mer sous le nom et aux risques de l'acheteur, sans opposition de leur part entre les mains de ce dernier. Si le contrat de vente n'a pas une date certaine, toutes les obligations que le vendeur peut souscrire avant l'accomplissement du voyage, c'est-à-dire jusqu'à l'époque où le navire est entièrement purgé, grèvent ce

même navire. La mauvaise foi du vendeur ne vicierait pas ses obligations, si on ne prouvait pas la complicité du possesseur légitime de la créance.

Un navire est, pour l'application de cette disposition, réputé avoir fait un voyage, lorsqu'il est constaté, de la manière déterminée par les réglements généraux ou locaux sur les congés et expéditions des navires, qu'il est parti d'un port et qu'il est arrivé dans un autre, au moins trente jours après son départ. Mais on ne considérerait pas comme voyage, quelque temps qu'il se fût d'ailleurs écoulé, le fait du départ d'un navire qui n'irait dans un port voisin que pour se faire radouber : ce seraient là plutôt des préparatifs pour le voyage entrepris, que le voyage lui-même.

Quelles que soient les causes qui auraient pu faire relâcher ou débarquer dans un port autre que celui du départ, pendant cet espace de trente jours, la navigation qui n'a pas eu cette durée n'est point comptée; mais aussi peu importe la plus ou moins grande distance du port d'arrivée à celui du départ, pourvu que l'intervalle des trente jours se trouve exactement écoulé entre celui du départ d'un port et de l'arrivée dans un autre.

Cependant, comme les navires peuvent avoir une destination qui les oblige à des débarquements, ou à des relâches fréquentes, telles que celles que l'on a désignées sous le nom de *caravane*, sans qu'un intervalle de trente jours puisse s'écouler pendant la durée de quelqu'un de ces voyages pris séparément, le navire est encore présumé avoir fait un voyage, s'il ne revient dans le port d'où il est parti, que soixante jours après son départ : dans ce cas, il n'est point nécessaire qu'il justifie de relâche, de débarquement ou d'arrivée à un autre port.

Mais ces règles ne peuvent s'appliquer qu'à la navigation au cabotage, dont nous avons fait connaître les caractères n° 600. La nature des voyages de long cours, commande d'autres mesures pour que les droits de l'acquéreur ne soient pas trop long-temps incertains, et qu'il ne puisse pas aussi retenir arbitrairement le prix de son acquisition, sous prétexte d'oppositions possibles de la part des créanciers du vendeur. Il n'est pas nécessaire que le navire soit arrivé à sa destination, ni, à plus forte raison, rentré au port de départ ; il suffit, qu'à la circonstance d'une expédition pour voyage de long cours, se réunisse celle qu'un espace de plus de soixante jours s'est écoulé depuis le départ du navire, pour que l'acquéreur ait purgé les droits, quels qu'ils soient, d'autres créanciers du vendeur.

Lorsque la vente a été faite pendant que le navire était en voyage, c'est-à-dire dans l'intervalle écoulé entre le moment où le capitaine a pris ses expéditions, et celui où il est rentré dans le port du départ, le navire est toujours réputé, à l'égard des créanciers du vendeur, avoir continué d'appartenir à celui-ci. Quelle que soit la durée ou continuation de ce voyage après l'époque de la vente, l'acquéreur ne peut purger les droits des créanciers qu'en faisant, après l'arrivée ou retour, une expédition du navire à son nom, à ses risques, et avec toutes les conditions que nous avons expliquées.

Dans tous les cas que nous venons d'indiquer, les droits des créanciers sont purgés, sans qu'ils puissent éviter la rigueur de ce principe, en prétendant que la vente et les circonstances qui l'ont suivie leur ont été inconnues. C'était à eux de veiller à la conservation de leurs droits.

Tant que les droits des créanciers n'ont pas été purgés par ce moyen, ils peuvent former opposition entre les mains de l'acheteur. Celui-ci, à moins qu'il ne préfère acquitter intégralement les créances pour lesquelles s'est faite cette opposition, est obligé, même quand il aurait payé le vendeur, et sauf son recours contre celui-ci, de rapporter le prix de son acquisition aux opposants ; sinon il peut être dépossédé par l'effet de la saisie et vente forcée que les créanciers ont droit de poursuivre, comme si le navire était toujours la propriété de leur débiteur. Il peut aussi, au lieu d'offrir aux poursuivants le rapport du prix d'achat, déclarer qu'il leur en fait abandon. Cette déclaration faite au greffe du tribunal civil, et signifiée aux poursuivats, l'affranchirait de toutes poursuites, puisqu'elle éteindrait l'action réelle qui seule existe contre lui.

Mais lorsque l'acheteur offre aux créanciers le rapport du prix, s'il ne suffit pas pour les satisfaire en totalité, ils peuvent attaquer la vente pour cause de fraude, et, s'ils justifient leur allégation, faire déclarer que le navire n'a pas cessé d'appartenir au débiteur, sur

qui ils en poursuivront ensuite la saisie et la vente forcée.

Tout ce que nous avons dit dans cette section s'appliquerait, suivant l'observation que nous avons faite, n° 941, à une portion du navire comme au navire entier.

SECTION III.

De la Collocation des créanciers sur les navires.

951. On peut distinguer, en ce qui concerne la collocation des créanciers sur les navires, la manière dont elle peut être provoquée et s'opérer, et l'ordre dans lequel les créanciers doivent être rangés ; nous en ferons l'objet de deux paragraphes distincts. Nous devons cependant faire observer qu'il pourrait arriver qu'un revendiquant qui n'aurait pas formé sa demande dans le délai de trois jours, ainsi qu'il a été dit n° 615, exerçât son droit sur le prix. S'il fait juger que la revendication est fondée en totalité, ce prix lui est attribué, et il n'y a plus lieu à distribution. S'il fait juger que son droit est fondé pour partie, le prélèvement en est ordonné à son profit, et le surplus seul forme la matière d'une distribution.

On doit aussi remarquer que si, par l'insuffisance des fonds à distribuer, une classe de privilégiés se trouve ne pouvoir être entièrement satisfaite, chacun de ceux qui la composent est payé par une contribution proportionnelle à ce qui lui est dû.

§ Ier. *Comment est provoqué l'Ordre des créanciers.*

952. Lorsque la vente a été volontaire, nous venons de dire que les créanciers pouvaient former opposition entre les mains de l'acheteur qui n'a pas purgé leurs droits, et exiger qu'il rapporte le prix de son acquisition ; sauf, s'il l'a employé à l'acquittement de quelque dette privilégiée, à invoquer la subrogation légale, dont nous avons parlé n° 219. Cet acquéreur est, dans ce cas, un véritable tiers-saisi tenu de rapporter son prix, pour être distribué suivant les règles du droit commun. Lorsque la vente a été faite en justice, le prix dû par l'acheteur doit être versé par lui, soit entre les mains du poursuivant, s'il n'a pas reçu d'opposition dans les vingt-quatre heures, soit au greffe du tribunal de commerce, suivant les distinctions que nous avons établies n° 664.

953. La demande aux fins de distribution peut être formée, par le poursuivant, lorsqu'il y a eu une vente forcée ; par l'opposant ou le tiers-saisi, lorsqu'il s'agit de distribuer le prix d'une vente volontaire ; et, dans l'un et l'autre cas, par le saisi, intéressé à ce que sa libération soit effectuée. Celui qui intente la demande, somme les créanciers opposants de produire au greffe leurs titres de créance ; et, faute par eux d'avoir fait cette production dans les trois jours qui suivent la sommation, ils sont exclus de la distribution du prix. Cette distribution a lieu devant le tribunal civil, qui doit observer, autant que la nature des choses le permet, les formes ordinaires de la distribution par contribution.

§ II. *Dans quel Ordre les créanciers doivent être colloqués.*

954. Les priviléges étant des causes légitimes de préférence d'un créancier sur les autres, il est constant que les privilégiés doivent être colloqués avant les non-privilégiés ; que s'il y a plusieurs privilégiés, l'ordre entre eux doit être déterminé par la faveur de la créance, que parmi ceux qui méritent une égale faveur, il doit y avoir concurrence. Ces principes sont la base de ce que nous allons dire dans ce paragraphe. L'ordre des priviléges et la manière dont ils doivent être justifiés, étant inséparables, nous les réunirons en parlant de chaque espèce de créances.

Au premier rang, sont les frais de justice, taxés dans les formes déterminées par le code de procédure civile et le réglement du 16 février 1807, et constatés par un état qu'arrête le président du tribunal de commerce. On ne doit point distinguer leur qualité d'ordinaires ou d'extraordinaires ; il suffit, pour qu'ils aient droit au privilége, qu'il en soit résulté la vente du navire : il ne faut point confondre avec cette espèce de frais, ni placer au même rang ceux que chaque créancier a faits particulièrement pour parvenir à l'adjudication de sa créance : ceux-ci suivent le sort de la collocation du créancier.

Au deuxième rang, sont placés les droits dus au trésor public ou aux agents de l'ad-

ministration maritime, connus sous les noms de pilotage, tonnage, cale, amarrage, bassin ou avant-bassin, et autres de même nature, sur lesquels nous avons donné quelques notions, n° 712, tels qu'ils sont constatés par les états, contraintes ou quittances des receveurs dont la qualité suffit pour donner la légalité à cette justification.

Au troisième rang, sont, si le navire a été vendu dans le port, les gages du gardien, et frais de garde du navire, depuis son entrée dans le port jusqu'à la vente. Ils ne sont placés qu'après les droits dont nous venons de parler, parce que le seul fait de l'entrée dans le port rend ceux-ci exigibles. Le montant des gages du gardien et des frais dont il s'agit, doit être justifié par un état qu'arrête le président du tribunal de commerce, qui ne se borne pas à les constater, comme il le fait pour les frais de justice, déjà taxés, mais qui peut lui-même en fixer le montant, et réduire ce qu'il y trouve d'exagéré, sauf recours contre sa décision.

Au quatrième rang, sont les loyers des magasins où ont été déposés, depuis l'arrivée du navire, les agrès et apparaux, conformément à l'état arrêté ou réglé par le président du tribunal de commerce, de la manière qui vient d'être indiquée.

Au cinquième rang, sont les frais d'entretien du navire et de ses agrès et apparaux, depuis son entrée dans le port au retour du dernier voyage, aussi constatés par un état arrêté par le président du tribunal de commerce.

Au sixième rang, sont les gages et les loyers du capitaine et des gens de l'équipage employés au dernier voyage, sans préjudice de leurs droits exclusifs sur le fret, comme on l'a vu n° 673. Les sommes dues sont constatées par les rôles d'armement et de désarmement arrêtés dans les bureaux de l'inscription maritime.

Au septième rang, sont les sommes empruntées ou le prix des marchandises vendues par le capitaine pour les besoins du navire pendant le dernier voyage, comme nous avons vu, n°s 631 et 644, qu'il en avait le droit. Ce privilége est fondé sur la présomption que si ces dépenses n'avaient pas été faites, le navire n'aurait pas achevé sa navigation; et ce motif les fait préférer aux sommes prêtées avant le voyage, qui n'ont que le neuvième rang. Ces créances doivent être justifiées par des états qu'arrête le capitaine, et par les procès-verbaux constatant la nécessité de ces ventes ou emprunts. Lorsqu'ils ont été faits à différentes époques, mais pendant le même voyage, les motifs qui les occasionnent commandent que le dernier créancier soit préféré à l'avant-dernier, de la manière et sous les modifications que nous avons indiquées n° 919. Cependant, si les billets ou contrats de grosse, quoiqu'à des dates différentes, n'avaient pour objet qu'une réparation unique qui, exigeant des dépenses considérables, nécessiterait l'intervention de plusieurs prêteurs, il n'y aurait pas lieu à la préférence chronologique, parce que le motif qui l'a déterminée n'existerait plus. Ce ne serait là qu'un seul prêt fait, si l'on veut, par diverses personnes, mais qui, s'appliquant à une même dépense, serait aussi un seul prêt dans son objet. Ainsi un capitaine qui, autorisé à emprunter pour les besoins de son navire une somme déterminée, souscrirait en faveur de diverses personnes des contrats à la grosse, à des dates différentes, pour remplir l'emprunt autorisé, ne conférerait pas au dernier prêteur plus de droits qu'au premier; tous auraient concurremment un privilége égal.

Au huitième rang sont les sommes dues au vendeur et aux ouvriers employés à la construction, et le montant des réparations, équipement et armement faits pour le voyage qui suit immédiatement l'achat ou la construction du navire. On ne fait point de ventilation pour distinguer le corps du navire dans l'état où il était lors de la vente, d'avec les réparations qui y ont été faites et les armatures qui y ont été ajoutées, de manière à colloquer le vendeur sur l'estimation de la valeur primitive, et les fournisseurs et ouvriers sur la plus value; ils viennent tous en concurrence sur le prix entier. La créance du vendeur doit être constatée par un acte ayant date certaine. Celles des ouvriers le sont par mémoires ou factures; peu importe, d'ailleurs, qu'ils aient fourni ou travaillé par les ordres ou pour le compte du propriétaire et de ses agents, ou qu'ils aient été employés par un entrepreneur à forfait : cette distinction n'est utile, comme nous l'avons vu n° 912, que lorsqu'il s'agit d'examiner s'ils doivent avoir une action personnelle contre le propriétaire; elle n'a aucune influence sur la question de privilége. Mais ce privilége n'existe

qu'autant que le navire n'a point encore fait de voyage depuis la vente ou la construction ; car, dans ce dernier cas, ce huitième rang est occupé par tous ceux qui ont fait des travaux ou des fournitures d'objet pour radoub, armement et équipement, pour victuailles et nourriture données, avant le départ, au capitaine ou aux matelots, par ordre du capitaine, lorsque l'armateur n'est pas sur les lieux. On ne peut, par aucune raison d'analogie, étendre ce privilége à ceux qui auraient fourni des sommes d'argent, quoique pour les mêmes objets. Ces prêteurs ont dû, suivant ce que nous avons dit n° 219, se faire subroger aux droits de ceux que leur argent servait à payer, s'ils voulaient être substitués à leur privilége, ou bien ils devaient prêter à la grosse. Mais s'ils ne sont ni dans l'un ni dans l'autre cas, ils ne peuvent prétendre aucun privilége.

Au neuvième rang sont colloqués, suivant le mode et les principes expliqués n° 919, les sommes prêtées à la grosse sur les corps, quille, agrès et apparaux du navire, pour radoub, victuailles, armement et équipement avant le départ, sans distinction du capital et du profit maritime, comme nous l'avons vu n° 896. Les motifs qui font placer ces prêteurs après les vendeurs, constructeurs, fournisseurs et ouvriers pour réparations, sont une modification à la règle générale, dont on a vu, n° 918, l'application aux prêts à la grosse sur des marchandises. C'est la conséquence de la règle spéciale pour les navires, qui veut que les créanciers y conservent un droit de suite. L'utilité d'un prêt à la grosse fait avant le départ, ne commençant qu'à l'instant où le navire met à la voile, c'est à ces vendeurs, constructeurs, etc., que l'existence du navire est due, existence sans laquelle il n'y aurait pas de matière affectée au prêt. Le privilége du prêt à la grosse ne s'appliquerait pas au prêt renouvelé, c'est-à-dire à celui qui, à la fin du voyage, est laissé, capital et profit maritime, dans les mains du capitaine, pour produire, ainsi cumulé, un nouvel intérêt. Un pareil emprunt ne pourrait même être légitime de la part du capitaine, qu'après une autorisation formelle du propriétaire.

Au dixième rang sont les primes des assurances faites pour le dernier voyage, sur les corps, quille, agrès et apparaux, ainsi que sur l'armement et l'équipement du navire, dûment constatées par les polices ou par les extraits des livres de courtiers d'assurance, lorsque ces primes n'ont pas été payées, ou que la police n'a pas été quittancée ; car, si elle l'a été purement et simplement, un écrit, même avec date certaine, ne serait point admis pour prouver le contraire, les contre-lettres n'ayant aucun effet contre les tiers. Mais si la police constatait que le paiement a été fait en billets qui n'auraient pas été payés, le privilége subsisterait, suivant les règles que nous avons données n° 221.

Au onzième et dernier rang sont les dommages-intérêts que des jugements ou des sentences arbitrales constatent avoir été adjugés aux affréteurs ou chargeurs, pour défaut de délivrance des marchandises, pour remboursement des avaries qu'elles ont essuyées par la faute du capitaine ou de l'équipage, ou pour dommages-intérêts résultant de l'inexécution de la charte-partie. Il pourrait, il est vrai, sembler plus convenable que les affréteurs ou chargeurs fussent mis dans un rang supérieur, et même avant les gens de mer, parce que ces pertes ou dommages procèdent souvent du fait de l'équipage; à plus forte raison, qu'ils fussent préférés à ceux qui ont prêté avant le départ. Mais ces considérations cèdent devant la possibilité des connivences entre les chargeurs et le fréteur, par l'effet desquelles on pourrait anéantir les priviléges postérieurs; d'ailleurs les gens de mer doivent être encouragés, et les prêts à la grosse sont utiles.

Le rang de ces priviléges ne peut être changé par des stipulations avec le propriétaire du navire, malgré ceux qu'intéresse cette interversion : peu importerait la précaution qu'on aurait prise d'en rédiger des actes authentiques, ou ayant date certaine, antérieurs à ceux qui établissent le privilége dont il s'agirait de reculer le rang, parce que les priviléges sont indépendants de la volonté des parties; qu'ils naissent de certaines positions ou de certaines circonstances et de la nature des créances, et que chacun est présumé vouloir jouir de la faveur particulière des lois, lorsqu'il n'y a pas formellement renoncé.

SECTION IV.

Des Droits sur les débris d'un navire naufragé.

955. Un navire peut être brisé par l'effet d'un naufrage ou de tout autre accident : il est évident que les créanciers de celui à qui il appartenait peuvent exercer leurs droits sur la valeur des débris, comme ils l'auraient fait sur le prix du navire entier. Mais l'ordre des priviléges n'est pas ici le même que celui dont nous venons de parler. Les frais de sauvetage sont préférés à tout, même aux loyers des gens de mer. Ces frais forment une masse spéciale dans laquelle ces derniers ne prennent part que s'ils ont travaillé; et ce qu'ils peuvent recevoir à ce titre ne s'impute point sur leurs loyers.

Le fonctionnaire public, par les soins ou sous la surveillance duquel nous avons dit, n°s 643, 840 et 869, qu'il était procédé à ce sauvetage, est chargé de faire vendre les débris. Sur le prix en provenant, il paie ou fait payer les salaires dus et les autres dépenses que cette opération a rendues nécessaires, suivant le genre de travaux et de soins, sans qu'on puisse appliquer à ceux qui y ont été employés les dispositions de l'article 29 du titre IX du livre IV de l'ordonnance de 1681, qui accordent le tiers à ceux qui trouvent des objets dans la mer. Le surplus est, d'après ses ordres, déposé, en France ou dans les possessions françaises, dans la caisse des invalides de la marine, et en pays étrangers, entre les mains des chanceliers de consulats ou autres à ce légalement préposés. Les articles 7 et 8 de l'arrêté du 7 mai 1801 (17 floréal an IX) leur accordent, pour les soins et la responsabilité qu'exige ce dépôt, quinze centimes par cent francs, qu'ils perçoivent au moment de la remise des fonds à qui de droit. Le reste net est exclusivement affecté au paiement des loyers des gens de l'équipage, qui ne sont primés que par les seuls frais de justice faits pour parvenir à régler la contribution.

956. Lorsque les loyers des gens de mer ont été acquittés, le reste est distribué dans l'ordre que nous avons fait connaître n° 954, sous la modification indiquée n° 855, relative au concours entre les prêteurs à la grosse, pour leurs capitaux seulement, et les assureurs, pour les sommes assurées. Mais alors se présente une question dont l'intérêt est sensible. Lorsque les gens de mer ont ainsi été payés sur les débris du navire, par préférence à des créanciers qui les auraient primés s'il se fût agi de la distribution du prix du navire entier, ces derniers sont-ils subrogés aux droits des gens de mer pour réclamer le fret sur lequel ceux-ci auraient pu être payés par privilége? On peut dire, dans leur intérêt, que si cet emploi du fret avait eu lieu suivant sa destination spéciale, le produit des débris leur eût fourni une masse de contribution; que les gens de mer qui avaient deux priviléges, l'un sur ce fret, l'autre sur les débris du navire, ayant exercé leurs droits sur le produit des débris, ils ont été privés d'une valeur sur laquelle ils eussent pu exercer les leurs; et l'équité semble résoudre la question en leur faveur. On peut répondre, cependant, qu'il en est de ce cas comme de celui qui se présente fréquemment dans le droit civil, où un créancier a une hypothèque générale sur les biens du débiteur, tandis que d'autres n'ont qu'une hypothèque spéciale. Si, par l'effet de la collocation du créancier dont l'hypothèque est générale, le créancier par hypothèque spéciale est privé du prix du bien qui lui était affecté, il n'est pas admis à exercer, par subrogation les droits du premier sur les autres bien grevés de l'hypothèque générale [1]. Il semble donc qu'il y a la même raison de décider.

Dans tous les cas où les débris du navire servent à payer des dettes privilégiées, les assureurs à qui le délaissement aurait été fait sont fondés à faire subir à l'assuré la déduction des sommes que ces priviléges prennent sur le montant des débris.

957. Si le navire péri avait été assuré, les droits et priviléges des créanciers ne pourraient être exercés sur le prix dû par l'assureur, de la même manière et dans le même ordre que seraient exercés leurs droits sur le prix de la vente du navire rapporté par l'acheteur. Cette question, qui n'est pas spéciale pour les assurances maritimes, mais qui peut s'élever dans toutes les autres espèces d'assurances, a été l'objet d'une discussion à laquelle nous nous sommes livré n° 594. Il est nécessaire de s'y reporter.

(1) Rejet, 25 mai 1824.

CHAPITRE II.

Des Priviléges sur le fret.

958. Les notions contenues nos 716 et suiv. ont appris quand et comment était dû et devait être payé le fret pour le transport des marchandises ou des passagers. Ce fret est dû par celui qui a stipulé dans la charte-partie, quand même il n'aurait agi que comme commissionnaire : c'est la conséquence des principes expliqués nos 563 et suivants.

Mais ce fret, soit qu'il ait été arrêté par opposition ou saisie-arrêt avant d'être payé, soit de toute autre manière, peut faire l'objet d'une distribution entre les créanciers de l'armateur. Il est donc important de connaître quelles dettes sont privilégiées sur son produit.

Nous avons fait observer déjà, n° 673, que les gens de mer avaient, indépendamment de leurs droits sur le navire ou ses débris, conformément à ce qui a été dit nos 934 et 935, un privilége spéciale sur le fret. Les frais faits pour parvenir à la distribution nous paraissent, parmi ceux dont nous avons présenté la nomenclature n° 934, les seuls qui puissent leur être préférés; les droits de navigation ou autres semblables ne jouiraient pas de cette faveur. Nous ne disons rien de la contribution aux avaries pour la portion à la charge du fret; sans doute les gens de mer ne seraient point payés avant qu'elle fût acquittée, mais cet acquittement est moins une collocation privilégiée qu'une sorte de détérioration morale de la chose qui la réduit dans sa quotité, et la laisse, seulement pour ce qui en reste, affectée au privilége des gens de mer.

959. Lorsque les gens de mer ont été ainsi payés sur le fret, on rentre dans la règle. Le fret, qui est le fruit civil du navire, est soumis au droit commun pour les fruits des choses saisies. Si le navire a été vendu en justice, il faut distinguer entre le fret acquis avant la saisie, et celui qu'il peut acquérir depuis. Il est évident que le fret dû et échu avant la saisie, forme une masse distincte de ce navire, qui n'a pu être saisie, comme des accessoires le sont, avec l'objet dont ils dépendent. Les créanciers de celui à qui elle est due peuvent se la faire distribuer séparément, suivant leurs droits.

Mais un navire saisi peut continuer sa navigation et gagner un fret; conformément à ce que l'on a vu n° 610, ce fret, en tout ce qui excède les dépenses de la navigation et autres créances privilégiées dont il est chargé, se joint au prix de l'adjudication, pour être distribué dans le même ordre. Ce que nous avons dit, n° 922, relativement au fret, affecté au prêt sur le corps du navire, ne conduit donc pas à la conséquence d'attribuer au prêteur un rang sur ce fret, autre que celui que nous avons vu, n° 954, lui être accordé sur le navire. Ce n'est point pour créer un privilége spécial, semblable à celui des gens de mer, mais pour lever un donte qui aurait pu naître de la prohibition d'emprunter à la grosse sur le fret à faire, que cette règle a été établie.

960. Nous avons dit n° 720, que les chargeurs ou affréteurs qui avaient payé au capitaine, sans opposition, le fret par eux dû, étaient valablement libérés. Les gens de mer ne peuvent, dans ce cas, les inquiéter, sauf leur recours contre le capitaine. S'ils avaient quelques motifs de suspecter sa bonne foi, il fallait qu'ils fissent saisir le fret entre les mains des chargeurs; et ensuite, si ceux-ci avaient payé, on pourrait invoquer les principes expliqués n° 211, qui ne permettent pas de considérer comme valable, à l'égard des saisissants, le paiement fait au préjudice d'une saisie-arrêt.

Mais il n'en serait pas de même des cas où l'affréteur ayant stipulé, avec le capitaine, une clause pénale, dont l'effet serait de l'affranchir du paiement total ou partiel du fret, en cas de faute ou autre délit dont ce capitaine est responsable, opposerait cette exception pour refuser de rapporter aux gens de mer le fret stipulé. Les gens de mer ont suivi la foi du navire, et ont pu ignorer les conventions particulières qui modifiaient la charte-partie. D'ailleurs, dans l'ordre des priviléges, celui des gens de mer étant placé avant celui des chargeurs, pour leurs indemnités, le fret ne peut, à leur préjudice, être absorbé ou diminué par l'effet d'une clause qui leur est absolument étrangère, et qui intervertirait, sans leur consentement, l'ordre légal des priviléges.

Par la même raison, l'affréteur ne pourrait, au préjudice des priviléges, opposer une compensation entre ce qu'il doit pour le fret, et les indemnités ou dommages-intérêts qui lui sont dus par le capitaine, parce que la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des tiers.

CHAPITRE III.

Des Privilèges sur le chargement.

961. On entend par chargement toutes choses placées sur un navire pour être transportées à une destination déterminée. Hors le cas où une tolérance fondée sur l'usage laisse aux passagers la faculté de charger leurs effets ou quelques menus objets sans payer de fret, il en est toujours dû un, suivant les règles que nous avons fait connaître n° 789.

Les marchandises chargées sont affectées par privilége au paiement du fret, tant pour leur transport que pour la traversée du passager à qui elles appartiennent, s'il est sur le même navire. S'il n'y a pas de fret dû particulièrement pour ces marchandises, par exemple, lorsqu'elles forment le port permis à ce passager, elles sont néanmoins affectées au paiement de ce qu'il doit pour son passage.

Ce privilége l'emporte sur celui de tous autres créanciers, même du vendeur non payé, parce que nous verrons, dans la sixième partie, que lors même que ce dernier serait fondé à exercer la revendication en cas de faillite de l'acheteur, il ne pourrait y être admis qu'en acquittant les sommes dues pour fret, voitures, commission, assurances, et autres frais, ou en remboursant les sommes payées à ce sujet. Il l'emporte aussi sur le propriétaire à qui les objets chargés auraient été volés, par suite des principes que nous avons établis n° 272, et parce que le capitaine a traité moins avec la personne qu'avec la chose à laquelle, en général, le transport ajoute une véritable valeur. Il passe même avant le privilége du trésor public, pour les droits de douanes et autres semblables; car c'est par les transports que les marchandises sont arrivées au lieu où ces droits sont payables.

962. Le chargement est aussi affecté, par privilége aux indemnités que le fréteur peut réclamer dans les cas prévus n° 711, et aux réparations d'avaries qu'il aurait causées, ou au remboursement de sa part dans la contribution; car toutes ces dettes sont une conséquence et une suite immédiate des obligations que l'affréteur a contractées en louant le navire; et ce privilége subsiste tant que le capitaine est détenteur des choses ainsi affectées. Mais comme nous avons vu n° 719, qu'il ne pouvait refuser de les mettre à terre, sauf à en demander, au moment où elles sont déchargées, le dépôt entre les mains d'un séquestre volontaire ou judiciaire, il est évident que, lorsqu'il a usé de ce droit, il conserve son privilége jusqu'à parfait paiement, tant qu'elles restent entre les mains du séquestre.

S'il a consenti à les laisser enlever sans prendre cette précaution, il conserve son privilége, même quand les marchandises seraient dans les magasins du chargeur ou du commissionnaire qui est chargé de les recevoir pour le compte de ce dernier, qu'on appelle *réclamateur*, pendant quinze jours à compter de celui de la livraison. L'effet de cette continuation de privilége se borne à ce que, dans le cas de faillite du chargeur, le capitaine puisse, pendant quinzaine, être préféré à tous autres créanciers sur les objets qu'il a transportés. Cette préférence n'est pas absolue, et s'il était dû des frais pour transport, chargement et déchargement, il y aurait concurrence; et même les frais d'emmagasinement devraient être préférés au fret, tant que les marchandises seraient dans les magasins du locateur, ou tant que ce dernier serait admissible à les suivre, conformément aux règles du droit civil. Mais si le chargeur les avait fait passer en mains tierces, par exemple, les avait vendues et livrées, ou données en nantissement, le privilége serait éteint. Ainsi, une vente non suivie de tradition ne suffirait pas pour détruire le privilége, il faut qu'il y ait changement de mains; cette circonstance ne permettant plus d'exercer le privilége au préjudice de celui qui a ainsi reçu la chose de bonne foi. On voit par là, que si, depuis le moment où les marchandises ont été chargées, elles avaient été vendues en route, le privilége n'en existerait pas moins, comme si elles étaient restées la propriété du chargeur primitif.

Lorsque le même affréteur a chargé diverses sortes de marchandises par des connaissements différents, le privilége perdu sur celles d'un connaissement ne se reporte pas sur les marchandises d'un autre, quoique faisant partie du même chargement. Au contraire, si la totalité avait été chargée par un seul connaissement, et qu'une partie fût passée en main tierce, le reste des marchandises demeurerait affecté à la totalité du fret, même de la partie aliénée, parce que tout

ce qui est compris dans le même acte est soumis solidairement au privilége, quand même il y aurait des prix différents pour chaque chose. Un exemple va rendre ces principes sensibles. Pierre a chargé de l'indigo et du café sur le même navire : le fret est, pour les deux objets, à 20 fr. le quintal, ou, si l'on veut, il est à 20 fr. pour le café, et à 15 pour l'indigo. Le navire arrivé, le capitaine livre le chargement au consignataire, sans exiger le fret; celui-ci vend et livre l'indigo avant la quinzaine. Pour connaître comment le capitaine pourra exercer son privilége, une distinction est nécessaire. Si l'indigo et le café ont été compris dans le même connaissement, le privilége pour le fret de chacun de ces objets frappera sur le totalité, et par conséquent le capitane pourra exercer son action privilégiée sur l'indigo pour tout ce qui lui est dû, même pour le fret du café. Si, au contraire, l'indigo et le café ont été chargés par deux connaissements distincts, le privilége du capitaine ne frappera sur le café que pour le fret de cette denrée, et il n'aura qu'une simple action personnelle contre Pierre pour le fret de l'indigo vendu. Les mêmes règles s'appliquent aux sommes dues pour contribution aux avaries communes.

963. Le prêt à la grosse que nous avons vu, n° 918, être privilégié sur les choses qui y sont affectées, à l'exclusion du vendeur, doit être colloqué immédiatement après ce qui est dû pour le fret et la contribution; néanmoins il pourrait arriver qu'un prêteur sur nantissement lui disputât ce rang.

Ce nantissement ne serait pas, sans doute, celui par l'effet duquel la chose donnée en gage est remise entre les mains d'un créancier qui en obtiendrait la détention corporelle; car il est peu présumable qu'en cet état elle pût être affectée à un prêt à la grosse. Si un emprunteur engageait ainsi des choses dont il n'a plus la libre disposition, de deux choses l'une : ou il aurait distrait le gage des mains de l'engagiste, et alors le prêteur à la grosse serait préféré s'il était de bonne foi; ou le gage serait resté entre les mains de l'engagiste, et alors celui-ci serait préféré. Dans l'un et l'autre cas, la partie lésée aurait droit d'exercer une action en escroquerie contre le débiteur de mauvaise foi.

Mais il peut arriver que le nantissement qui a précédé le prêt à la grosse ait été purement symbolique. Tel est le cas où un consignataire qui, ayant fait des avances sur des marchandises à lui expédiées, a acquis un droit de gage semblable à celui que donne le détention réelle dans le nantissement ordinaire. Tant que ce créancier n'est pas réputé dessaisi du gage, il doit être préféré au prêteur à la grosse, qui serait alors dans un cas à peu près semblable à celui où il se trouverait s'il avait prêté sur des marchandises que l'emprunteur aurait faussement affirmé lui appartenir. La seule question susceptible de difficultés consisterait à savoir quand il est réputé saisi ou dessaisi; nous l'examinerons n° 1203.

Les choses affectées au prêt à la grosse pourraient aussi, immédiatement au sortir du navire sur lequel elles ont demeuré pendant le temps des risques, être mise en gage. Le créancier qui les aurait reçues de bonne foi serait préféré au prêteur à la grosse, par la même raison qui fait perdre le privilége du fret lorsque les marchandises sont passées en mains tierces : ce créancier n'a point de droit de suite; c'était à lui de veiller à ce que les choses affectées à son privilége ne fussent pas déplacées et transmises en mains tierces.

964. Nous sommes naturellement conduit à examiner s'il faut, par analogie et par suite de ce que nous avons dit, n° 954, du privilége de la prime sur le navire assuré, en conclure que la prime d'assurances sur des marchandises jouit également d'un privilége.

De fortes raisons paraissent s'y opposer. Une disposition formelle déclare privilégiée la prime d'assurance du navire; et le silence du législateur sur celle des marchandises, semble annoncer l'intention de ne pas la faire jouir de cet avantage. La raison de cette différence paraît même être expliquée par celle qui existe entre les droits accordés aux créanciers sur les navires de leurs débiteurs, et ceux qu'ils ont sur leurs autres effets mobiliers.

Une disposition non moins formelle a également déclaré que le prêteur à la grosse était privilégié sur les marchandises affectées au prêt qu'il avait fait; et rien de semblable n'est dit pour la prime due à l'assureur.

La raison de cette différence, indépendamment de ce que la publicité exigée pour le prêt à la grosse ne l'est pas pour la police d'assurance, pourrait encore être expliquée par celle qui existe entre un prêteur et un assureur. Il est de l'essence du prêt, que le

prêteur fasse crédit à son débiteur ; on ne peut prêter sans que l'emprunteur n'ait un terme pour se libérer. L'assureur n'est point dans ce cas ; il n'est pas de l'essence de la convention qu'il fasse crédit pour la prime stipulée : c'est donc volontairement, sans y être contraint par la nature des choses, qu'il devient créancier.

L'analogie ne serait pas un argument décisif, parce que les priviléges sont de droit étroit. Ils sont une exception à la règle par laquelle tous les créanciers d'un débiteur ont des droits égaux sur ses biens : or, une exception doit être textuellement prononcée, et renfermée dans ses termes; elle ne s'induit pas par conséquence d'un cas à un autre.

Néanmoins, les assurances sont d'une grande importance dans le commerce ; elles méritent d'être favorisées et encouragées. Si les assureurs exigeaient les primes comptant, peut-être les assurances seraient-elles plus rares : car il y a des circonstances dans lesquelles le taux de la prime est si élevé, que ce débours augmenterait singulièrement les charges de l'assuré. D'ailleurs si les usages ne sont point un obstacle à l'application d'une loi qui les contredirait, ils peuvent être pris en considération en tout autre cas. On ne doit pas heurter des habitudes qui multiplient et facilitent des négociations importantes. En privant les assureurs sur marchandises du privilége pour leur prime, on éloigne les étrangers d'assurer en France, et on s'expose à ce que les Français fassent préférablement des assurances en pays étrangers, où le privilége de la prime est généralement admis. On peut, d'ailleurs, ajouter que l'assurance est une mesure qui tend à la conservation de la chose ; que la prime due pour cet objet peut donc, sans interprétation forcée, être considérée comme dette contractée pour la conservation des marchandises, placée par le droit civil au rang des dettes privilégiées. Il ne s'agirait plus, si l'on admet cette opinion, que de déterminer le rang de ce privilége ; et l'analogie serait alors d'un grand secours. Il est évident que la prime ne serait pas préférée au fret et à la contribution, car le capitaine est détenteur de la marchandise, ou présumé tel, tant que la quinzaine dont il a été parlé, n° 962, n'est pas expirée. La prime ne doit point aussi être préférée au prêt à la grosse, par le même motif qui, dans l'ordre des priviléges sur le navire, place le prêteur avant l'assureur. A plus forte raison, ne passerait-elle point avant le consignataire pour ses avances, puisque indépendamment de ce que nous avons dit n° 963, dans le droit civil même, dont les dispositions sont les seules qui puissent fonder le privilége de la prime, les droits du prêteur sur le nantissement l'emportent sur ceux de la personne qui, ayant eu d'abord ce même gage, s'en est ensuite dessaisie. La prime se trouvera donc, si on lui accorde un privilége sur les marchandises, avoir le dernier rang, à peu près comme celle de l'assurance du navire ; et, dans la réalité, c'est tout ce que peut raisonnablement prétendre l'assureur qui a bien voulu accorder un terme à l'assuré.

CHAPITRE IV.

Comment se perdent ou s'éteignent les Priviléges résultant des contrats maritimes.

965. C'est un principe incontestable, que lorsqu'une dette est éteinte entièrement par l'un des moyens généraux qui ont été expliqués dans le titre II de la seconde partie, le privilége, qui n'est qu'une qualité, qu'un accessoire de la dette, est également éteint.

Le droit maritime ne peut avoir à cet égard de règle différente du droit commun ; mais il ne faut pas perdre de vue la distinction que nous avons faite n° 240, entre l'extinction de la dette et l'extinction du privilége, dans le cas où cette extinction résulte de la prescription. Nous avons dit, dans les différents titres de cette partie, que toutes actions en paiement, pour fret de navire, gages et loyers des gens de mer, étaient prescrites un an après le voyage fini; celles pour nourriture fournie aux matelots par l'ordre du capitaine, un an après la livraison; celles pour fourniture de bois et autres choses nécessaires aux constructions, équipement et avitaillement du navire, un an après ces fournitures faites ; celles pour salaires d'ouvriers et ouvrages faits, un an après la réception des ouvrages ; celles en remise de marchandises chargées, un an après l'arrivée du navire ; qu'enfin celles qui dérivaient d'un contrat à la grosse ou d'une police d'assurance, étaient prescrites après cinq ans, à compter de la date du contrat.

Rien ne peut faire que ces prescriptions n'aient pas produit leurs effets si les tiers ont intérêt à les invoquer; mais cela ne peut empêcher le débiteur d'avouer qu'il n'a pas payé. Il en résultera seulement que celui dont la créance est ainsi reconnue, ne pouvant, par cette reconnaissance, rentrer dans les priviléges attachés à sa créance, ne pourra l'exercer au préjudice des tiers, dans l'ordre que nous avons indiqué n° 954, mais qu'une fois ces créanciers désintéressés, il pourra exercer ses droits contre son débiteur.

CINQUIÈME PARTIE.

DES SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

966. Le mot *société* a deux sens dans le langage du commerce. Quelquefois il sert à exprimer la convention par laquelle plusieurs personnes s'obligent à conférer quelques objets, ou à faire quelque chose en commun, pour en obtenir un profit licite. Quelquefois il signifie le corps moral formé par la réunion de ces personnes.

Quoique le contrat de société ait des caractères propres, et qui servent à empêcher qu'on ne le confonde avec d'autres conventions, il peut être regardé comme d'un genre en quelque sorte accessoire, en ce sens que toutes espèces d'opérations commerciales sont susceptibles d'être faites en société. Ainsi, les règles générales sur les engagements de commerce, et les principes particuliers à chacun de ces engagements, expliqués dans les quatre parties précédentes, n'éprouvent aucune modification, quoique plusieurs personnes s'associent pour les exécuter; mais cette circonstance établit des rapports d'une nature spéciale entre ces personnes qu'on nomme *associés*, et même entre elles et les individus envers qui elles s'engagent.

Nous diviserons cette partie en quatre titres. Le premier traitera des principes généraux et communs à toutes les sociétés de commerce; le second, des diverses espèces de sociétés, et des règles particulières à chacune d'elles; le troisième, de la dissolution des sociétés; le quatrième, des suites et des effets de cette dissolution.

TITRE PREMIER.

PRINCIPES GÉNÉRAUX SUR LES SOCIÉTÉS DE COMMERCE.

967. Il est utile de considérer avec soin les caractères essentiels de la société commerciale, pour ne pas la confondre avec d'autres négociations : ce sera l'objet du premier chapitre; nous consacrerons le deuxième à donner quelques principes sur

la mise des associés; le troisième offrira des règles sur la détermination des parts dans les profits et les pertes; dans le quatrième, nous traiterons de l'obligation des associés de soumettre le jugement de leurs contestations à des arbitres.

CHAPITRE PREMIER.

Des Caractères essentiels de la société commerciale.

968. On ne peut résoudre un grand nombre de difficultés que présentera cette matière, si l'on ne connaît clairement : comment une société diffère de la simple communauté d'intérêts; comment peuvent avoir lieu l'admission des associés, et les cessions de parts d'intérêts; comment une société forme un être distinct des individus qui la composent; comment les délibérations doivent être prises. Nous allons en faire l'objet des quatre sections de ce chapitre.

SECTION PREMIÈRE.

En quoi la Société diffère de la communauté d'intérêts ou de la copropriété.

969. Il n'y a point de société sans volonté de s'unir. Ce caractère distingue la société de certaines conventions qui pourraient avoir des traits de ressemblance avec elle.

Ainsi, la communauté qui résulte de la copropriété dans une chose, ou dans des droits dont le partage n'a pas encore déterminé les résultats entre les intéressés, n'est pas une société. Cette communauté existe presque toujours par un fait qui ne naît pas de la volonté des parties de s'unir entre elles; et, lors même que le concours de leurs volontés y a donné naissance, cette circonstance est indifférente, s'il n'est pas évident qu'elles ont eu l'intention originaire d'être associées.

Ainsi, deux ou plusieurs enfants, héritiers d'un commerçant, ne sont pas associés, quoique toute la succession ne consiste que dans des objets de commerce. Ainsi, les créanciers d'un failli, unis par une communauté d'intérêts, telle que toute perte qu'éprouve la masse de l'actif diminue les droits de chacun d'eux, ne sont pas cependant associés. Ainsi, des ouvriers qui, à la réquisition des magistrats, ou même spontanément, se rassemblent et travaillent pour arrêter les progrès d'un incendie, d'une inondation, ou de tout autre accident semblable, ne sont pas associés, quoiqu'il puisse arriver que leur salaire consiste dans une somme totale, consacrée à payer les services qu'ils ont rendus ensemble, et qui doit être partagée entre eux. Ainsi, lorsqu'un commerçant, au lieu de donner des appointements fixes à un employé, lui promet une part quelconque des bénéfices annuels, ce commis est locateur de services sous condition aléatoire, mais il n'est pas associé : il ne peut prétendre, en cette qualité, à aucune copropriété dans les marchandises achetées avec les fonds de son commettant, quoiqu'il en partage les bénéfices. Il ne pourrait aussi, à moins de convention expresse, avoir voix dans les délibérations de la société; et il ne serait assujetti aux engagements de cette société envers les tiers, que s'il avait excédé ses pouvoirs, ou répondu personnellement, comme l'est tout mandataire, ainsi qu'on l'a vu nº 560. Ainsi, comme nous l'avons dit nºs 306 et 702, lorsqu'une personne confie à une autre des objets à vendre, en lui promettant tout ou partie de la portion du prix qui excédera *telle* somme, il ne se forme pas de société entre elles, mais seulement un mandat salarié, et, pour nous servir des termes du commerce, une *commission*, par l'effet de laquelle celui qui loue ses peines et son entremise pour opérer la vente, n'obtient un salaire qu'éventuellement et sous une chance aléatoire. Il faudrait, pour qu'il intervînt une société, que les parties s'en expliquassent clairement, et que leur contrat manifestât l'intention que la chose à vendre forme le tout ou partie du fonds social.

Ainsi la convention par laquelle des personnes, même commerçantes, auraient mis en commun une somme d'argent formée par des capitaux fournis par l'une et l'autre, pour en jouir chacune alternativement pendant un délai déterminé, ne formerait pas une société, puisque ce fonds n'était pas consacré à être employé par elles pour un but d'intérêt commun, mais alternativement par chacune d'elles pour ses affaires particulières [1]. Mais la convention par laquelle

[1] Rejet, 4 juill. 1826.

les personnes qui exercent une industrie semblable, s'obligeraient à mettre une partie de leurs bénéfices dans une caisse commune, pour les partager entre elles, à certaines époques, aurait les caractères d'une véritable société.

970. De même, on ne doit point confondre avec les sociétés, les tontines, que nous avons vues, n° 44, être un genre de réunion formée de rentiers, qui conviennent que les parts des prémourants profiteront, en tout ou en partie, aux survivants.

Une tontine ne présente ni travail, ni produit; c'est une simple convention par laquelle les cointéressés sacrifient à la chance d'un avantage personnel ce qu'ils auraient pu laisser à leurs héritiers. Le travail des administrateurs consiste à assurer l'exécution de cette convention; il ne produit et ne rapporte aucun profit social. La somme des capitaux, une fois déterminée, reste toujours la même; l'industrie, le temps, les spéculations, n'y peuvent rien changer; seulement les chances de survie, chances qui ne dépendent ni du travail ni d'aucune industrie commerciale, favorisent quelques-uns des cointéressés par des bénéfices indépendants des volontés et des efforts humains. Quoique l'établissement de ces sortes d'agrégations soit soumis aux mêmes autorisations que certaines sociétés, par des motifs indiqués n° 98, ce rapport de ressemblance n'est qu'accidentiel, et ne peut fonder une similitude que repousse la nature des choses. Quand même les directeurs d'un tel établissement feraient, avec les fonds qui leur sont confiés, ou avec les réserves dont ils sont dépositaires, des négociations commerciales qui donneraient lieu à des actions de la compétence des tribunaux de commerce [1], on ne pourrait encore conclure que la tontine fût une société.

De même encore les personnes qui forment entre elles une assurance mutuelle de leurs immeubles, ou des fruits de ces immeubles, contre l'incendie, la grêle, les gelées, ne forment pas, à proprement parler, une société : elles n'ont ni l'espoir, ni la possibilité de bénéfices; elles se bornent à mettre en commun la chance des pertes de chaque individu, et la promesse de tous d'en supporter leur contingent. S'il est vrai qu'une ordonnance royale du 14 novembre 1821, qui prescrit l'exécution d'un avis du conseil d'état approuvé le 15 octobre 1809, astreigne ces établissements à la même approbation que celle que nous verrons être exigée pour les sociétés anonymes, ce n'est point parce qu'elles sont des sociétés commerciales, mais par une raison d'ordre public expliquée n° 98.

971. Ces mêmes règles servent à reconnaître que le contrat à la grosse, dont nous avons parlé n°s 887 et suivants, n'est point une société. S'il produit une espèce de communauté d'intérêts entre le prêteur et l'emprunteur, puisque le premier n'est payé qu'autant que les choses affectées au prêt ne périssent pas par fortune de mer, ce n'est qu'une circonstance particulière qui tient à la nature aléatoire de la convention. Ce que le prêteur reçoit au-delà des intérêts légaux n'est point l'effet d'une participation aux profits de l'expédition, qu'il n'a aucun droit de diriger; et si les marchandises, tout en arrivant à bon port, se vendent moins qu'elles n'ont coûté, ce qui diminue évidemment la fortune de l'emprunteur, cette circonstance ne nuit en rien aux droits du prêteur. Le profit stipulé est simplement le prix du risque qu'il court de tout perdre, et de la condition qu'il a souscrite, de n'être payé qu'en cas d'heureuse arrivée. Du reste, cela n'empêcherait pas que l'emprunteur et le prêteur ne fissent des conventions particulières, qui pourraient avoir le caractère d'une association en participation, comme on l'a vu n° 896.

On voit par là que la solidarité dont nous avons expliqué les principes et les effets n° 182, ne crée point, par elle-même, entre les coobligés ou les cocréanciers, une société, si l'intention expresse ou présumée des parties n'est pas qu'il y ait partage de risques et de profits dans la négociation qui fait l'objet de la dette ou de la créance; ce qui, à la vérité, arrive le plus souvent dans le commerce.

972. La différence que nous venons d'indiquer, et de rendre sensible par quelques exemples, est extrêmement importante. Nous verrons plus bas que, dans une société, si la mise dont l'un des associés a conféré la propriété vient à périr, elle périt pour le compte de tous, sans que celui qui l'y avait apportée perde son droit aux avantages communs; et que même il peut quelquefois reprendre, lors de la liquidation, le prix de cette chose, comme si la société l'eût

[1] Rejet, 15 déc. 1824. J. du 19e s., 1825, 1e p. 205.

aliénée d'une manière profitable. Dans la communauté, au contraire, chaque objet périt pour le compte individuel de celui à qui il appartient. Ainsi, pour prendre un exemple dans les faillites, si un créancier figurait dans la masse pour une créance que la loi ou toute autre cause de force majeure viendrait à supprimer, cette extinction lui enlevant tous ses droits, le priverait de toute participation ultérieure aux produits de l'actif.

SECTION II.

Des Admissions d'associés, et des Cessions d'intérêts dans une société commerciale.

973. Il est de l'essence de la société que les associés se choisissent. Ainsi nul associé ne peut forcer les autres à recevoir en sa place une personne à qui il céderait tout ou partie de ses droits, ni même, quand il serait administrateur, admettre un nouvel associé. L'admission d'un associé, à quelque époque que ce soit, doit, en principe, être l'effet de la volonté unanime. La majorité ne pourrait l'ordonner malgré la minorité, quand même celui ou ceux qui la la composent ne voudraient donner aucun motif de refus.

Mais les clauses de l'acte de société, ou des conventions postérieures, peuvent modifier cette règle. Ainsi, ceux qui forment une société peuvent stipuler qu'en cas de mort de l'un d'eux, les héritiers du prédécédé lui succèderont et seront membres de la société en son lieu et place; et nous verrons, n° 1059, quels sont les effets de cette stipulation. Ainsi l'acte de société peut permettre aux administrateurs d'admettre de nouveaux associés, sans qu'une délibération expresse et spéciale soit nécessaire, ou à des associés, de céder tout ou partie de leurs droits sociaux. Souvent cette faculté n'est accordée que sous la condition que les nouveaux associés auront, soit dans l'administration de la société, soit dans la faculté de prendre connaissance des registres ou de l'état des affaires etc., moins de droits que les associés primitifs. Dans ce cas, les nouveaux admis sont présumés avoir constitué les anciens mandataires irrévocables; et cette stipulation n'a rien de contraire à l'essence du mandat, parce qu'elle est une condition de l'admission de ces nouveaux associés.

La faculté de céder tout ou partie de l'intérêt qu'on a dans une société, n'a pas toujours besoin d'être établie par une stipulation expresse; quelquefois l'objet de l'association suffit pour faire présumer l'existence de ce droit. Les associations commerciales en participation, dont nous parlerons dans le titre second, en présentent des exemples fréquents; et c'est ainsi qu'on a vu, n° 625, que des copropriétaires de navires pouvaient vendre leur part sans le consentement des autres. Cette présomption a lieu aussi lorsqu'en s'associant, les parties ont divisé l'intérêt social en actions, qui sont des titres destinés à exprimer et à représenter les parts de chacun des associés dans la société. Ces associés que, dans l'usage, on nomme *actionnaires*, sont réputés, si le contrat ne leur interdit pas cette faculté, autorisés par les autres à vendre les actions qui leur appartiennent, et à rendre ainsi l'acheteur membre de la société.

Par suite de ces principes, le cessionnaire, quelles que soient les clauses de la cession, est tenu de toutes les charges dont la part de son cédant est ou se trouve grevée par suite d'opérations relatives à la société, faites sans fraude, sauf son recours contre lui, s'il n'en a pas été chargé [1]. Dans tous ces cas, les cessionnaires deviennent, comme on le verra, n° 992, membres de la société, suivant la proportion de l'intérêt qu'ils ont acquis, et sous les seules restrictions qui ont pu être établies par les statuts de la société. Mais il n'y aurait rien d'illicite ni de contraire aux principes du contrat de société, de stipuler qu'un associé ne pourra vendre sa part à des étrangers, qu'après l'avoir offerte à ses coassociés; cette convention oblige activement et passivement, et si le prix auquel cette cession devra être faite, n'est pas fixé par l'acte de société ou par quelque convention postérieure, il doit l'être par experts. Il y aurait lieu d'appliquer ce que nous avons dit n° 275, pour le cas où une personne a promis à une autre de lui

[1] Cass., 23 ventose an VIII.

payer une chose, moyennant le prix qui lui en serait offert. Cette clause n'a pas toujours besoin d'être expresse; la nature de la convention peut la supposer. Lorsque des associés stipulent que la mort de l'un d'eux ne dissoudra pas la société, qu'elle continuera entre les survivants, sans toutefois continuer avec les héritiers du prédécédé, il en résulte, pour ces derniers, l'obligation de céder leurs parts, moyennant estimation, aux associés survivants. C'est une des exceptions au principe indiqué n° 268 et 275, qui veut que la liberté préside à la vente.

974. On voit que la faculté de céder à un tiers la part qu'on a dans une société, est différente du droit qu'a tout associé d'associer quelqu'un à sa part, droit qu'il peut exercer sans aucune autorisation de ses coassociés, s'il n'y a pas renoncé. Ainsi, Pierre, Paul et Jacques se mettent en société, et y versent chacun 10,000 fr.; ils conviennent de diviser chacun leurs intérêts en actions de 1,000 fr., et par conséquent ils en ont chacun dix. Si Paul vend partie de ses actions tandis que les autres les conservent toutes, les acheteurs ne sont pas seulement associés à la part de leur vendeur, ils sont devenus membres de la société dans la proportion du montant des actions qu'ils ont achetées, et le droit de Paul diminue dans la même proportion. Si, au contraire, il n'avait pas été permis à Paul de se substituer un tiers, la cession qu'il aurait faite à un tiers, même de la totalité de sa part, ne rendrait pas celui-ci membre de la société. Le cédant serait toujours considéré comme seul associé pour la part déterminée dans l'acte constitutif de la société.

Les effets de cette cession dépendent des termes dans lesquels elle a été faite. Si l'associé a cédé à un tiers une partie de ses droits, ce tiers devient associé à sa part, sans être devenu membre de la société. C'est ce qu'on nomme *participant* ou *croupier*. Il se forme alors, entre l'associé et son croupier, une véritable association distincte de la société principale, qui ne modifie en rien et laisse subsister dans leur entier les rapports primitifs des associés; association soumise aux règles particulières qui résultent de la nature ou des termes de la convention.

Lorsqu'un associé, à qui une clause spéciale ou la nature de la société ne donne pas la faculté de céder ses droits à un tiers, a cependant consenti cette cession en totalité, il faut concilier, avec le principe qui ne permet pas au cessionnaire de devenir membre de la société, cette autre règle, que toute convention qui n'est pas prohibée doit recevoir son exécution. Celui qui a cédé sa part entière, devant procurer à son cessionnaire la jouissance de ce qu'il lui a cédé, et celui-ci n'ayant pas droit de s'immiscer dans la société, le cédant est tenu de figurer dans toutes les opérations, comme s'il était resté associé, pour que les répartitions soient faites suivant les règles primitives. Il est réputé s'être constitué mandataire de son cessionnaire, et tenu en vers lui des obligations de tout mandataire salarié. Il en résulterait que si son intérêt dans la société était représenté par son industrie, bien qu'à proprement parler, il n'eût plus aucun droit sur les produits, il serait néanmoins tenu de continuer à la fournir. Il s'ensuit que le cessionnaire pourrait agir contre son cédant pour cause de fraude, si celui-ci avait consenti, dans l'intérêt des autres associés, des actes susceptibles de diminuer ses droits, et que, sans doute, il n'eût pas consenti s'il avait conservé la propriété de son intérêt social. Les associés ne pourraient aussi, après la signification de la cession, modifier entre eux les conventions primitives, de manière à léser les droits du cessionnaire.

Du reste, ce dernier n'a pas droit d'intervenir comme associé aux comptes annuels ou périodiques et à la liquidation définitive; seulement il peut, après avoir obtenu contre celui qui l'a associé à sa part, une condamnation résultant de leur engagement particulier, exercer ses droits de même que tout autre créancier, d'après les règles expliquées n° 190. Il ne pourrait, toutefois, entraver aucune des opérations de la société avec des tiers, sous prétexte qu'elles diminueraient le capital ou les profits dans lesquels son débiteur a des droits. A son tour, il n'est tenu d'aucune obligation, soit envers les associés du cédant, soit envers les créanciers de la société. Si ce cédant avait tiré quelque chose de la société pour donner à son croupier, ce ne serait pas à celui-ci que les membres de la société devraient s'adresser; ils ne pourraient agir que contre leur associé. Il en serait de même si le croupier, en faisant une affaire de la société, dont l'aurait chargé celui qui se l'est associé, avait commis quelque faute; les autres associés

n'auraient d'action directe contre lui qu'autant que ce qu'il aurait fait serait un délit ou un quasi-délit.

SECTION III.

Comment une Société est distincte des individus qui la composent.

975. Il résulte de la définition que nous avons donnée qu'une société est une personne morale qui, dans un grand nombre de circonstances, peut, par toutes espèces de contrats ou de quasi-contrats, s'engager ou engager à son égard. Ceux même qui la composent ont quelquefois avec elle des rapports qui les font considérer, à cet égard comme des tiers, acquérir les mêmes droits, ou supporter les mêmes obligations que des tiers, en de semblables circonstances, sans que leur qualité d'associés opère aucune confusion ou modifie en quelque manière ces rapports. Il n'est point, en effet, contre la nature des choses, qu'un associé ait des droits individuels distincts de ses droits communs, et que ces intérêts soient opposés les uns aux autres. Les créances qu'un associé acquiert contre la société pendant qu'elle subsiste, ont même, dans certains cas, l'avantage particulier de produire intérêt de plein droit, parce qu'il est présumé avoir agi en qualité de mandataire.

Un associé peut aussi acquérir les droits d'un tiers sur la société, et diriger contre elle les poursuites que ce tiers aurait pu exercer; il peut vendre à la société dont il fait partie, ou lui prêter, comme il le pourrait à des tiers; sauf aux tribunaux à juger, d'après le caractère de la société et les circonstances, s'il ne doit pas être tenu d'attendre l'époque des réglements de compte ou de la liquidation, pour l'exercice de ses droits, ou si cet exercice n'est pas susceptible de quelques modifications.

L'importance de cette règle est grande; si l'on s'en écartait, on pourrait tomber dans de graves erreurs. Par exemple: Pierre, comme membre d'une société, y a conféré 20,000 fr. de mise; sans doute ces 20,000 fr. sont dévolus aux créanciers de la société, par exclusion à ceux de Pierre, suivant les principes que nous établirons dans la suite; mais il a en outre prêté 20,000 fr. à cette société, ou lui a vendu pour 20,000 fr. de marchandises; ses créanciers particuliers pourront se faire colloquer, comme exerçant ses droits, dans le passif de la société, pour le dividende que produirait cette créance si elle appartenait à un autre. Par conséquent, si la société donne cinquante pour cent, ces 20,000 francs produiront 10,000 fr. qui seront réunis au reste de l'actif personnel de Pierre, et sur lesquels ses créanciers viendront par contribution avec ceux de la société.

Cette distinction de qualités dans le même individu, est utile en bien d'autres cas. Ainsi une assurance faite au nom de la société connue sous le nom de *Pierre et compagnie*, pour marchandises chargées sur *tel* navire, ne s'appliquerait pas à des marchandises appartenant à Pierre seul, quelque générales que fussent les expression de la police d'assurance. Ainsi, quoique certains actes faits par un failli, dans les dix jours qui précèdent sa faillite, soient nuls; si quelque membre d'une société faisait pour elle un acte de cette espèce, et tombait ensuite personnellement en faillite, cette circonstance n'influerait en rien sur la validité de l'acte fait pour la société.

Une autre conséquence de ce principe, est que le créancier particulier d'un associé n'est point créancier de la société dont son débiteur fait partie; qu'ainsi la femme d'un associé ne pourrait prétendre, en cette qualité, aucun droit de créance sur la société. Sa qualité de femme ne la rend créancière que de son mari; quand elle prouverait que sa dot a servi à former la mise de celui-ci, elle ne serait pas plus créancière de la société, que ne le serait un tiers qui aurait prêté à quelqu'un une somme que l'emprunteur aurait employée à former sa mise dans une société. Le créancier particulier d'un associé ne peut donc faire saisir les effets et autres choses formant l'actif de la société, sous prétexte qu'une partie indivise en appartient à son débiteur [1]. Il doit attendre la liquidation, se borner aux oppositions susceptibles de conserver ses droits, et exercer ceux de son débiteur, dans le partage des profits, aux époques déterminées par les conventions. Il ne pourrait même pas, sous le prétexte que

[1] Cass., 11 mars 1806. — Rejet, 13 mars 1823. Dalloz, t. 25, p. 275 et 315.

les droits de ce débiteur sont exposés par des spéculations chanceuses, s'y opposer, lorsqu'elles ont été résolues par la société, ni intervenir dans ses délibérations. Mais si la société était formée par actions, comme alors elle a, ainsi que nous l'avons vu n° 973, un caractère plutôt réel que personnel, qu'elle est une réunion de capitaux plutôt que de personnes, le créancier pourrait provoquer la vente des actions du débiteur, à moins que l'acte social, rendu public dans les formes légales, ne les eût déclarées incessibles. De même, celui qui serait créancier d'un des associés, et débiteur de la société, ne pourrait ni invoquer, dans son intérêt, la compensation pour se libérer, ni être repoussé dans les poursuites qu'il exercerait contre son débiteur, par l'exception de compensation que ferait valoir celui-ci du chef de la société.

976. Chaque associé étant donc considéré individuellement comme distinct du corps social dont il est membre, les accidents qui arrivent à l'un n'influent pas sur l'autre. Si Pierre est membre d'une société qui fasse faillite, ce n'est pas une raison pour le déclarer lui-même en faillite. Il doit être traité suivant les obligations qu'il a contractées. Si la manière dont il s'est associé ne l'oblige au paiement des dettes que jusqu'à concurrence d'une certaine somme qu'il n'aurait pas encore versée dans la caisse sociale, il doit être poursuivi pour ce paiement, et n'est constitué personnellement en faillite que si sa fortune est insuffisante pour l'acquitter.

On suivrait cette règle quand même la manière dont il s'est associé aurait pour effet de l'obliger au paiement de la totalité des dettes. La faillite de la société n'empêche pas qu'il ne puisse remplir sur sa fortune particulière tous les engagements de la société. Par exemple: Pierre, Paul et Jean forment, pour l'établissement d'une manufacture, une société collective, dont l'effet est, comme nous le verrons dans le titre suivant, d'obliger chaque associé, solidairement, à la totalité des dettes sociales. L'établissement ne prospère pas, et la faillite en est déclarée. Le passif s'élève à 200,000 fr. Pierre, qui demeure à cent lieues, qui ne gère pas, qui ne prend aucune part à la déclaration de faillite, peut, sans doute, être seul poursuivi pour payer cette somme; mais s'il a 800,000 fr. de biens, il a plus qu'il ne faut pour payer. Si donc il acquitte ou fait offre d'acquitter, à bureau ouvert, tout ce qui sera légalement reconnu être dette de la société faillie, on ne pourra prétendre que la cessation de paiements par la société ait eu l'effet de le constituer personnellement en faillite, ce qui est fort important, eu égard aux effets que produit l'état de faillite sur la fortune et la personne de celui qui en est frappé, d'après les règles que nous expliquerons dans la sixième partie.

Conformément à ce principe, les créanciers d'une société ne peuvent se fonder sur la solidarité pour attaquer un associé à son domicile particulier, et doivent former leur demande contre la société, au domicile social, pour obtenir les condamnations qu'ils auraient droit de prétendre contre elle.

Des commerçants peuvent être intéressés dans plusieurs sociétés distinctes. Dans ce cas il importe peu que les mêmes individus soient membres de ces différentes sociétés, ou qu'il y ait dans les unes des associés étrangers aux autres. Chacune a sa masse propre, et les créanciers de l'une ne doivent pas être confondus avec les créanciers de l'autre. Il en résulte, en cas de faillite, des conséquences extrêmement importantes, que nous ferons connaître n°s 1089 et 1207.

977. On sent, d'après ce que nous venons de dire, qu'une société, si sa nature ne s'y oppose pas, doit porter un nom qui la distingue, non-seulement de toute autre, mais même des personnes qui la composent, de manière à ne permettre aucune erreur. C'est l'objet de la *raison sociale*, expression plus facile à comprendre qu'à définir.

Pour former cette raison sociale, les associés unissent les noms de tous ou de quelques-uns d'entre eux, et cet assemblage de mots forme le nom sous lequel la société sera connue dans les négociations où elle interviendra. C'est en ce nom que les assignations, significations, ou tous autres actes semblables, doivent lui être donnés, ou doivent être faits à sa requête [1]. Il en est de même aussi des inscriptions hypothécaires prises sur la société ou en sa faveur [2]; on ne

[1] Cass., 21 nov. 1808.

[2] Rejet, 1er mars 1810.

pourrait annuler celles qui n'offriraient que le nom social, au lieu des noms de tous les associés codébiteurs ou copropriétaires de la créance.

978. Il ne faut pas confondre la raison sociale, appelée aussi quelquefois raison de commerce, avec la dénomination que peut porter un établissement commercial. La première est le nom qui, seul, peut être pris et signé dans les actes ; c'est en quelque sorte le moyen de distinguer *telle* personne morale de *telle* autre, comme les noms de famille distinguent les individus. La seconde est plutôt le nom de la chose que celui de la personne. Un exemple va l'expliquer : Pierre, Jean et Jacques s'associent pour fabriquer *telle* espèce de produits, ou pour un établissement qu'ils font dans *tel* local. Ils conviennent que les mots *Pierre, Jacques et compagnie*, réunis, formeront dorénavant la signature de la société; voilà la *raison sociale*. Pour se faire connaître, surtout dans les villes éloignées, ils intitulent leur établissement, *fabrique de tels produits*, ou, s'ils ont obtenu cette autorisation, *manufacture royale de......;* cette désignation est le nom de leur établissement. Ainsi, il peut y avoir des sociétés qui n'aient qu'une raison sociale, sans nom d'établissement, et c'est le plus grand nombre; ce sont toutes celles dont les opérations sont de nature à être faites dans le silence, sans que les intéressés croient avoir besoin d'appeler la confiance publique par un établissement annoncé. Il en est qui ont l'un et l'autre : la raison sociale, parce qu'un nom est nécessaire pour signer les actes et figurer dans les actions judiciaires; la désignation d'établissement, pour annoncer aux acheteurs et à tous autres, aux besoins desquels cet établissement peut fournir, le genre de ses produits et le but de l'association. D'autres enfin ne peuvent jamais être connues que par le nom de l'entreprise, lorsque leur nature est précisément que les noms de tous les associés soient ignorés : telles sont les sociétés anonymes, qui formeront l'objet du chapitre troisième du titre second.

Cette distinction a un autre but. Les principes que nous avons établis n° 158, apprennent suffisamment qu'on ne peut, par un contrat quelconque être autorisé à prendre pour raison sociale celle des personnes auxquelles on succéderait, ni prétendre qu'en achetant leur établissement de commerce on a implicitement acheté cette raison ; car, n'étant qu'une réunion des noms des associés dans la signature des engagements sociaux, elle ne doit jamais être composée de noms étrangers à la société. Ainsi, lorsqu'une femme séparée de biens forme une société, ce serait une irrégularité d'insérer dans la raison sociale le nom seul de son mari, puisqu'il n'est point associé; la femme devrait être désignée par son nom propre et sa qualité.

Celui qui permettrait que son nom figurât dans la raison sociale d'une société dont il n'est pas membre, pourrait justement être condamné à en acquitter les engagements, puisqu'on a pu traiter avec cette société sur la foi du crédit de cette personne, et que tout fait, même non coupable, qui cause un tort à autrui, oblige à réparer les suites de ce tort. Il invoquerait vainement les clauses de l'acte dans lesquelles il aurait donné cette autorisation, sous la réserve de n'être pas tenu des dettes. Il est douteux que, même dans le cas où cette réserve aurait été rendue publique par la voie qui sera indiquée n° 1005, il évitât les condamnations au profit des tiers.

Des associés qui, intentionnellement et dans la vue de se procurer du crédit, joindraient à leur raison sociale le nom d'une personne qui ne serait pas réellement associée, commettraient une véritable escroquerie à l'égard des tiers trompés. Ils ne pourraient pas s'excuser sur ce que l'affiche ayant annoncé de quelles personnes la société était composée, les tiers n'ont pu ignorer que le nom ajouté à la raison sociale ne l'était que figurativement.

Mais il n'en est pas de même de la dénomination de l'établissement : elle peut être vendue; et même souvent elle est de plein droit cédée avec l'établissement qu'elle désignait à la confiance ou aux besoins du public, conformément aux règles sur les accessoires des choses vendues, que nous avons expliquées nos 155 et 271.

A plus forte raison, ne peut-on composer la raison sociale de noms de personnes qui ne sont plus associées, soit parce qu'elles se seraient retirées, soit parce qu'elles seraient mortes, quand même leurs noms auraient été primitivement employés, ou que de toute autre manière elles auraient participé à la formation de l'établissement. Cette faculté pourrait être une source d'erreurs et de surprises. Celui qui avait accordé sa

confiance à une société composée de *tels* et *tels*, pourrait être porté, tant que la signature n'est pas changée, à croire que les associés sont toujours les mêmes, tandis que les successeurs de ces personnes, s'ils étaient seuls annoncés, ne lui inspireraient pas autant de confiance. On peut aller même jusqu'à dire qu'il y aurait emploi de faux noms, puisqu'on indiquerait comme membres de la société des personnes qui n'en feraient point partie. Tous les intérêts, d'ailleurs, peuvent être conciliés par la faculté d'indiquer que la nouvelle raison remplace la précédente.

L'objet de la raison sociale étant de distinguer les actes qui intéressent la société de ceux qui n'intéressent que certains de ses membres, il est évident qu'un associé, fût-il administrateur, ne peut employer le nom social pour ses propres affaires. Il commettrait une action malhonnête, qui pourrait donner à ses coassociés droit de l'exclure, et même de le poursuivre en escroquerie. Mais si sa qualité lui permettait d'administrer, les tiers porteurs de ces engagements pourraient agir contre la société; ce ne serait qu'au cas où cet associé, se servant du nom d'une société publiquement dissoute, commettrait un véritable faux dans l'emploi de l'ancienne signature sociale [1], que les tiers, avertis par la publicité donnée à la dissolution de la société, ne pourraient agir en aucune manière contre ses anciens membres.

SECTION IV.

Des Délibérations sociales.

979. C'est un principe fondé sur la nature des choses, que tout associé a un droit égal à l'administration de la société; qu'il ne peut être privé de ce droit qu'autant qu'il a voulu s'en dépouiller pour le confier aux autres.

Nous verrons, en traitant des diverses espèces de sociétés, comment ce principe reçoit son application, ou est modifié par les règles qui leur sont particulières. Il suffit ici de donner quelques notions sur la manière dont les délibérations doivent, en général, être prises, et sur les conventions que les associés peuvent faire à cet égard.

Une société étant la réunion conventionnelle de plusieurs personnes, dans un but d'intérêt commun, il est naturel que rien ne se fasse que du consentement de tous. A la vérité, lorsque les associés sont nombreux, ils ne manquent jamais de confier la direction des affaires à quelques-uns d'entre eux, ou même à des mandataires non associés, dont les droits et les obligations, ainsi que l'étendue des pouvoirs, sont réglés par ce que nous avons dit n°s 556 et suivants. Lors même que les associés n'ont pas pris la précaution de nommer des gérants, et que chacun d'eux est présumé, par cela seul, avoir reçu des autres le pouvoir d'administrer, le droit de s'opposer à ce que l'on veut faire, appartient aux autres. Dans ces circonstances, et dans d'autres, les associés doivent délibérer : or, s'ils sont plus de deux, il ne serait pas moins difficile d'obtenir l'unanimité des opinions, que déraisonnable de ne rien faire, parce que tous les intéressés ne seraient pas d'accord.

Dans la règle, tout associé a voix délibérative, mais des conventions qui limiteraient ce droit, et l'interdiraient à quelques-uns, n'auraient rien de contraire aux principes. Ainsi, lorsqu'une société a été formée par plusieurs personnes qui ont divisé leurs parts en actions, afin d'en pouvoir céder quelques-unes, ces personnes peuvent stipuler que le droit de délibérer sur les intérêts communs leur appartiendra exclusivement, que les cessionnaires d'actions n'auront même pas le droit d'être présents, ou de prendre part, avec voix délibérative, aux assemblées, ou que ces cessionnaires n'en jouiront que lorsqu'ils auront *tant* d'actions, ou lorsqu'ils auront été agréés par ceux des associés à qui appartient le droit de délibérer [2]. Chacun des acquéreurs d'actions est présumé n'avoir acheté qu'après avoir connu les conventions primitives, et s'y être soumis, comme nous l'avons dit n° 973. La seule voie qui resterait à ces associés serait d'attaquer, pour fraude commise à leur égard, les délibérations contre lesquelles ils pourraient faire cette preuve; car il ne peut jamais être permis à personne de commettre une fraude.

De même, les associés déterminent ordinairement de quelle manière les suffrages seront comptés, et les conventions à ce su-

[1] Cass., 28 germinal an XIII. — Cass., 16 oct. 1806.

[2] Cass., 1er ventose an X. Dalloz, t. 25, p. 352.

jet doivent être suivies. Mais ils peuvent avoir négligé ces précautions; il est donc utile d'offrir quelques règles pour suppléer à leur silence. On peut d'abord demander si les avis doivent être donnés par tête, ou dans la proportion de l'intérêt de chaque associé. En faveur de cette dernière opinion, il est possible d'invoquer les principes généraux, qui considèrent l'intérêt comme le premier mobile, principes dont nous avons déjà vu l'application n° 620, en ce qui concerne les copropriétaires d'un navire.

Néanmoins on ne doit pas se dissimuler que cet exemple est évidemment une exception aux règles sur les sociétés ordinaires, exception fondée sur l'objet particulier du commerce maritime. D'ailleurs, la mise n'est pas toujours la mesure exacte de l'intérêt social; dans les sociétés commerciales, les associés sont tenus indéfiniment et solidairement envers les créanciers; et ce n'est que par exception que ce principe est modifié dans certains cas spécialement prévus : chacun d'eux doit donc avoir une influence égale dans les déterminations à prendre.

Si par l'effet d'une stipulation qui aurait fait continuer la société avec les héritiers d'un associé prédécédé, il se trouvait que la part de cet associé appartînt à plusieurs, ils seraient obligés de s'entendre pour qu'un seul les représentât, et donnât un suffrage unique. Si, dans ce cas, les héritiers étaient mineurs, le tuteur serait alors suffisamment autorisé par le titre de son institution, à assister et à délibérer avec les autres associés. Il est prudent de prévoir ces différents cas dans l'acte de société, parce que les clauses deviennent obligatoires contre les successeurs de ceux qui les ont souscrites.

980. Il peut arriver que diverses propositions, excédant le nombre de deux, partagent les associés : par exemple, que, sur douze délibérants, cinq soient d'un avis, quatre d'un autre, et les trois derniers encore d'un différent. L'opinion des premiers a pour elle la pluralité des suffrages, c'est-à-dire, qu'elle est soutenue par un plus grand nombre d'associés que chacune des deux autres, mais elle n'a pas la majorité absolue, c'est-à-dire la moitié plus un. Il ne paraît donc pas convenable de la préférer; car il est évident qu'elle n'est pas celle de la majorité, puisque huit des associés la rejettent, quoique par des motifs différents. Il faut donc que les associés continuent leur délibération, en prenant de nouveau les voix; ceux dont l'avis est le plus faible en nombre doivent se réunir à l'un des deux plus forts, de telle manière que la délibération ne soit plus partagée qu'en deux avis; et s'ils s'y refusaient, ou s'il y avait nombre égal de chaque côté, on ferait juger, comme en cas de contestation entre les associés.

Mais les délibérations de la majorité n'ont de force que pour ce qui concerne l'daministration; elles ne pourraient changer les conditions primitives ou constituantes de la société, si l'acte lui-même n'y autorise. Cet acte est la réunion des conditions sans lesquelles l'association n'aurait pas eu lieu, et qui doivent être exécutées, quelque nombreux que soient ceux qui veulent y déroger. L'unanimité des associés pourrait seule apporter des modifications à un acte qui est lui-même l'ouvrage de l'unanimité de ceux qui l'ont primitivement signé. Celui ou ceux qui forment la minorité sont fondés à prétendre que ce n'est que sous la foi de l'invariable exécution des conditions relatives au mode de délibérer, qu'ils se sont associés. Mais le plus souvent ce cas est prévu par l'acte de société; et l'on détermine quel nombre de délibérants et de voix sera nécessaire pour apporter des modifications à l'acte fondamental.

981. Lors même que, sur des objets d'administration et de gestion, la majorité a pris une résolution, la nature des choses peut permettre que des associés soient admissibles à faire, à leurs risques, périls et fortune, ce que cette majorité a refusé. Ainsi un associé, dans un établissement, pourrait, d'après les principes expliqués n°ˢ 621 et 801, faire assurer sa part, et si la totalité périssait, il aurait seul contre l'assureur des droits auxquels ses coassociés ne participeraient pas. Ainsi, lorsqu'une société a été condamnée, et que la majorité ne juge pas convenable d'attaquer, par une voie légale, un seul associé, quoique non administrateur, a la faculté de se pourvoir contre cette condamnation. L'intérêt est la mesure de toutes les actions; et puisque tout associé doit supporter, dans une proportion quelconque, les dettes de la société, comment pourrait-il n'avoir pas droit de concourir, par tous les

moyens qui sont en lui, à les diminuer[1]? Il est bien vrai que celui qui a obtenu la condamnation n'en aura pas moins ses droits entiers contre la société pour toute sa créance intégrale; mais dans le cas où l'actif n'étant par suffisant pour acquitter les dettes, ce créancier voudrait agir contre les associés en particulier, il n'aurait pas d'action contre celui qui aurait fait infirmer la condamnation. Il semblerait même juste que ce dernier fût déchargé de sa part contributive envers ses coassociés, qui auraient à s'imputer l'acquiescement par eux donné à la condamnation.

CHAPITRE II.

De l'Apport des associés.

982. La définition de la société établit suffisamment que chacun des associés y confère ou s'oblige à y conférer certaines choses susceptibles de procurer les bénéfices qu'ils se proposent de partager; c'est ce qu'on nomme *apport* ou *mise*. La réunion des mises forme le fonds social.

Nous allons faire connaître, dans une première section, la nécessité de cet apport; dans la seconde, en quoi il peut consister; dans la troisième, comment la quotité en doit être établie; dans la quatrième, quels sont les effets de l'obligation de réaliser l'apport; dans la cinquième, les effets de la réalisation de l'apport promis; les droits des associés pouvant, comme on l'a vu nº 973, être représentés par un titre qui porte le nom d'*action*, nous donnerons quelques notions à ce sujet dans une sixième section; la septième traitera des suppléments ou des remplacements d'apports.

SECTION PREMIÈRE.

De la Nécessité d'un apport social.

983. On ne peut être membre d'une société sans y rien conférer. La convention par laquelle des personnes qui s'associent, consentiraient qu'une d'elles ait *telle* portion d'intérêt, sans faire aucune mise, serait, en général, une libéralité qu'aucune loi n'interdit, et dont les effets seraient déterminés par les règles du droit civil.

Mais ce principe doit être sainement entendu et appliqué. Si celui qui a formé un établissement, une entreprise, ou commencé une opération de commerce quelconque, faisait donation à quelqu'un d'un quart, de moitié ou de toute autre quotité dans cette entreprise, cette libéralité ne pourrait être considérée comme une simple donation de biens à venir, ni frappée de la même prohibition; cette part donnée est une chose présente, un droit certain à des profits éventuels. Elle peut être vendue; il n'y a donc aucun motif pour qu'elle ne puisse être donnée. Cette manière de disposer n'est pas plus une donation de biens à venir que ne le serait celle d'un billet de loterie, qui a l'effet d'assurer au porteur le produit de ce que le sort fera échoir aux numéros portés sur ce billet. La seule condition nécessaire, mais qui ne tient ni à la nature des choses, ni aux principes du droit commercial, serait qu'une telle donation n'eût pas pour objet d'éluder les lois qui prohibent ou qui limitent la faculté de donner à certaines personnes.

Il faut aussi que cet apport ne soit pas conféré à un titre et sous des conditions qui répugneraient à l'essence du contrat de société. Si une mise était faite par une personne qui aurait stipulé le droit de la retirer quand bon lui semblerait, ce ne serait qu'un prêt. Si quelqu'un entrait dans une société sous le titre d'associé pour l'administrer, mais qu'au lieu de concourir aux bénéfices et pertes, il n'eût qu'un traitement fixe, ce serait un louage de services, et non une société, comme on l'a vu nº 769.

SECTION II.

En quoi l'Apport des associés peut consister.

984. Tout ce qui est appréciable et susceptible d'être l'objet des conventions, peut former la mise dans une société. Ainsi, un associé peut apporter ou promettre des marchandises, effets, sommes d'argent, créances. L'apport peut consister, ou dans

[1] Cass., 30 ventose an XI. Dalloz, t. 25, p. 319

la propriété des choses qui forment la mise de l'associé, ou dans le simple usufruit de ces choses; et il en résulte des différences que nous ferons connaître dans la suite. Il n'est pas même nécessaire que ce qui est déboursé par une personne pour devenir membre d'une société, y entre effectivement et concoure à en former l'actif. Ainsi, indépendamment des cas prévus dans la section précédente, un commerçant pourrait donner en paiement à son créancier un intérêt du quart, de moitié, dans son commerce, ou dans *telle* de ses opérations commerciales.

La nature des choses mises en société pourrait, seule, modifier les effets de la transmission de propriété. Ainsi, lorsque la mise d'un associé consiste en immeubles, ou en droits susceptibles d'hypothèque, les créanciers ont, contre la société, les mêmes droits qu'ils auraient contre l'acquéreur d'un bien affecté à leurs créances.

Des productions de l'esprit, telles que le droit d'exploiter un brevet d'invention, de publier exclusivement un ouvrage, la communication de quelques découvertes importantes, de quelques secrets d'arts, de sciences, etc., peuvent aussi former une mise sociale, suivant les règles ou les restrictions d'après lesquelles nous avons vu, nos 307 et suiv., que les fruits du talent pouvaient être la matière d'opérations commerciales. Les droits de la société, sur des objets de cette nature, seraient appréciés d'après les principes particuliers dont nous avons donné le développement. Par la même raison, le travail manuel, ou les soins, la surveillance, l'habileté dans la conduite des affaires, seraient susceptibles de former une mise sociale, puisque nous avons vu, nos 531 et suiv., que ces choses pouvaient être louées. Souvent, en effet, des associés s'unissent pour une opération dans laquelle l'un fournit des fonds, et l'autre ne confère que des soins, sans lesquels la société n'aurait aucun succès. On a été jusqu'à considérer la force, le courage, comme une sorte de mise, ainsi que nous l'avons vu, n° 656, pour les voyages de conserve.

Le crédit lui-même, lorsque, par là, on n'entend pas la protection ou l'influence que le rang et les fonctions publiques donnent à une personne pour obtenir la justice ou la bienveillance de l'autorité supérieure, peut devenir une mise sociale. Une personne dont le nom est connu, qui, par une longue habitude de probité, de régularité dans ses affaires et dans l'acquit de ses engagements, a mérité la confiance des villes commerçantes les plus éloignées, pourrait entrer en société avec des hommes inconnus jusqu'à ce moment, et faire une mise moins forte que la leur, en considération de ce que son nom formera la raison sociale. A cet égard, il faut se reporter aux principes que nous avons indiqués n° 158.

SECTION III.

Comment doit être établie la Quotité des apports respectifs.

985. Il est rare que les contractants ne s'expliquent pas sur la proportion qui existe entre leurs mises respectives, et sur la consistance de ces mises. Si, toutefois, ils avaient gardé le silence, la présomption serait que les apports sont égaux. Si la qualité ou la valeur de quelques-uns seulement avait été déterminée, on présumerait que les apports non déterminés sont égaux au moindre de ceux dont la valeur est constatée. C'est par suite de cette règle, qu'à défaut d'évaluation, la mise d'industrie est réputée d'une valeur égale à la moindre des mises d'objets évalués.

Comme, le plus souvent, la proportion dans les profits et les pertes de la société est réglé par celle des mises, et même qu'il en est ainsi lorsque les parties n'ont pas fait une autre convention, il est fort important de ne pas confondre avec la mise, les prêts ou avances que des associés peuvent faire à la société. Il arrive, en effet, qu'un associé fait ou s'oblige à faire à la société des avances indépendantes de sa mise, dont il devient créancier particulier, et dont il stipule que la société lui paiera les intérêts, et même qu'au bout de chaque année, ces intérêts se cumulant, formeront, en sa faveur, un nouveau capital produisant lui-même des intérêts. C'est ce que, dans certains pays, on appelle comptes courants *libres*, ou comptes courants *obligés*. Cet usage commercial a été reconnu et consacré par les lois, comme on le voit par l'article 20 de celle du 5 janvier 1798 (16 nivose an VI), qui eut pour objet de déterminer, après l'aboli-

tion du papier-monnaie, le mode de réduction des créances. Dans l'un et l'autre cas, ces associés sont traités comme des créanciers de la société, sans préjudice des exceptions par lesquelles les tiers pourraient établir que les sommes de comptes courants *obligés* doivent, à leur égard, être considérées comme des mises supplémentaires déguisées.

C'est d'après les circonstances, et principalement d'après ce que les contractants ont dû avoir en vue, qu'il faut se décider pour connaître quel est le montant exact de la mise de chacun, et si cette mise ne se compose que de ce que chacun a primitivement versé, ou si l'on doit encore y ajouter ce qu'il aurait eu occasion de payer pour la société. Un exemple rendra cela sensible : Pierre et Paul s'associent pour acheter, à Gênes, une quantité de marchandises dont le prix s'élève à 30,000 fr. Pierre y concourt pour 10,000 francs; Paul pour 20,000 fr.; leur société, comme il arrive souvent, n'est qu'une association en participation, dont les conditions n'ont point été réglées par écrit. Pierre reçoit les marchandises; et, pour le fret, la contribution aux avaries communes qu'elles ont supportées, les droits de douanes et autres semblables, il paie 10,000 francs. La vente est faite au bout d'un mois, elle est tellement avantageuse, qu'elle offre un bénéfice de 30,600 fr., tous frais et déboursés d'achats payés. Le bénéfice net qu'a produit la vente doit être partagé à raison des mises respectives, en ayant seulement égard au prix d'achat des marchandises; les 10,000 francs que Pierre a déboursés ne sont qu'une avance dont il lui est dû intérêt, au taux légal dans le commerce, à compter du jour qu'il l'a faite. En conséquence, sur le bénéfice de 30,600, fr., Pierre doit prendre : 1° 600 fr., pour intérêts de ses avances ; 2° 10.000 fr. pour le tiers du restant du bénéfice proportionné à sa mise. Une convention expresse, ou du moins présumée par les circonstances et la manière dont les parties ont agi, pourrait seule faire considérer les avances de Pierre comme une augmentation de mise qui égalerait son intérêt à celui de son associé.

SECTION IV.

De l'Obligation imposée à chaque associé de réaliser l'apport qu'il a promis.

986. Quelle que soit la chose qu'un associé se soit obligé à mettre en société, il doit remplir son engagement à l'époque et de la manière convenue. A cet égard, on doit se conformer à la convention ; et la livraison doit être faite dès l'instant du contrat, ou bien au terme indiqué, selon que les parties l'ont stipulé, ou que l'ensemble des clauses de ce contrat le fait connaître. Ainsi une société pouvant être contractée pour ne prendre son commencement qu'après un délai déterminé, ce ne serait, sauf les conventions différentes, qu'à l'échéance du terme indiqué, que les associés seraient obligés d'effectuer leurs mises. On pourrait même faire un contrat par lequel une personne verserait à une autre, une somme d'argent, avec convention que *tel* événement déterminera si la somme sera à titre de prêt ou à titre de société. L'événement déterminerait quel a été le contrat intervenu, parce que, comme on l'a vu n° 184, la condition accomplie a un effet rétroactif.

A défaut de clause spéciale sur la manière de réaliser l'apport, on doit suivre celle que les parties ont vraisemblablement entendue d'après la nature des choses promises, l'espèce et le but de leur contrat. Ainsi, celui qui a promis de mettre en société des corps certains, des marchandises ou tous autres objets corporels, doit les livrer en les qualité et quantité promises suivant les règles que nous avons données n°s 282 et suiv. Si ce sont des droits, il est obligé de n'apporter aucun obstacle à l'exercice qu'en veut faire la société, et doit le lui faciliter, notamment par la remise des titres et les transports ou endossements nécessaires. Si son apport doit consister dans la communication de certaines découvertes, de certains procédés; s'il a promis d'apporter son travail, ses soins, son industrie, soit seule, soit indépendamment d'une mise effective, il y est tenu dans l'étendue que détermine la convention, ou, à son défaut, la nature des choses. S'il a promis une somme d'argent, il doit en faire le versement au terme indiqué, ou sans délai, s'il n'a stipulé aucun terme.

Mais la force majeure peut, comme dans

tous autres contrats, être une légitime exception; et, sous ce rapport, on doit observer les règles et les principes expliqués n° 188.

Ceux que nous avons donnés n° 238, sur l'impossibilité absolue d'exécuter un engagement, peuvent aussi être invoqués comme exception, mais avec des modifications qu'exige la nature particulière du contrat de société. L'exemple principal qu'on peut en donner, est la perte de la chose qui devait être livrée.

Il faut alors distinguer si la mise devait consister en choses déterminées, ou en choses indéterminées; et les règles données n° 156 serviront à faire cette distinction.

987. Nous commençons par supposer qu'un des contractants s'est obligé à mettre en société des choses de cette dernière espèce; par exemple, qu'il a promis de l'argent, des choses fongibles et autres semblables, et qu'une force majeure a fait périr ce qu'il destinait à acquitter son engagement. Pourrait-il prétendre qu'il est libéré de sa promesse d'apport, et demander à rester associé pour continuer de jouir de toutes les chances résultant de cette qualité? La négative ne nous paraît pas douteuse : c'est la conséquence des principes expliqués n°s 187 et 277. Pourrait-il du moins exiger, ou que la société n'ait pas lieu, si les opérations ne sont pas encore commencées, ou qu'elle soit dissoute, si déjà les opérations ont commencé? Nous ne le croyons point aussi, par suite des mêmes principes. Mais alors, pour apprécier les droits que les autres contractants peuvent exercer contre lui, il faut remarquer que la société étant un contrat dans lequel l'obligation de faire l'emporte sur l'obligation de livrer, si les opérations ne sont point encore commencées, et que cet individu refuse de verser la somme ou de livrer les quantité et qualité des choses promises, les autres n'auront aucun moyen de le forcer à entrer en société, pour y remplir les obligations de concours et de collaboration qui en sont les conséquences, et dont celle de verser une mise n'est qu'une partie; ils ne pourront qu'obtenir des dommages-intérêts calculés d'après le tort que leur ferait éprouver l'inexécution du contrat.

Si les opérations communes sont déjà commencées, et que cet associé s'obstine à ne pas verser ce qu'il a promis, ce refus deviendra une cause de dissolution dont nous parlerons n°s 1062 et suivants.

988. Nous supposerons maintenant que la mise qui devait être faite consistait en des corps certains et déterminés. On pourrait, sans doute conclure, des principes donnés n°s 278 et suivants, que celui qui les a promis est dégagé de son obligation de livrer par l'impossibilité de l'exécuter, et qu'il n'en doit pas moins rester associé, si la société est contractée de manière que ce soit la propriété et non la jouissance de la mise qui ait été conférée; comme dans un cas semblable, le vendeur a droit de demander le prix de la chose qu'il a vendue, quoiqu'elle ait péri par cas fortuit avant la livraison.

Il n'en est pas ainsi, parce que les principes sur la société diffèrent sensiblement de ceux sur la vente.

Le contrat de société, quoique parfait par le consentement, ne produisant jamais une simple obligation de livrer, mais créant, entre les contractants, des rapports personnels qui tiennent à l'obligation de faire, est un contrat conditionnel auquel s'appliquent les règles données n°s 184 et 238 : car la livraison, qui, ordinairement, termine tous les rapports entre le vendeur et l'acheteur, n'est que le principe des rapports individuels que la société fera naître, pendant toute sa durée entre les associés. Les contractants sont présumés n'avoir entendu se mettre en société que sous la condition expresse que chacun d'eux réaliserait l'apport destiné à former le fonds social, sans lequel la société se trouverait n'avoir aucun objet, aucun moyen d'exister. Il en est, dans ce cas, de la société, comme de l'assurance, qui, parfaite, sans doute, par le seul consentement réciproque, ne produit pas cependant ses effets, comme on l'a vu n°s 871 et suivants, si le risque essentiel à cette convention ne commence pas.

Si celui qui a promis de rendre la société propriétaire d'un corps certain, ne fait pas la livraison, sous la foi de laquelle les autres se sont engagés envers lui, ceux-ci ne pourraient se fonder sur les principes que nous avons expliqués n° 187, pour obtenir la mise en possession de l'objet promis; car ce n'est pas la seule chose qu'il ait promise; il a promis encore d'être associé. Il n'a pas transmis purement et simplement une propriété; il a promis de communiquer une propriété dans laquelle sa qualité d'associé lui laissera des droits indivis. La nature des choses ne permet aux autres, dans ce cas,

que d'obtenir des dommages-intérêts proportionnés au tort qu'ils éprouvent de ce que la société convenue ne reçoit pas sa réalisation. Sans doute ces dommages-intérêts ne seront point prononcés contre celui qu'une force majeure aura mis dans l'impossibilité d'exécuter sa promesse; mais les effets de cette exception seront bornés à ce résultat, et il ne pourra exiger qu'on exécute à son égard l'obligation de le considérer comme associé.

On voit comment ces principes seraient applicables au cas où la mise d'un associé devait consister, soit dans une obligation de faire, soit dans la communication de quelques procédés, ou dans un droit de publier une composition littéraire. Le défaut de réalisation amèneraient la résolution du contrat, sans dommages-intérêts, si elle n'est point imputable à celui qui l'avait promise, et avec dommages-intérêts, si elle lui est imputable.

SECTION V.

Des Effets de la réalisation de l'apport promis.

989. Lorsque celui qui a promis de mettre en société un corps certain et déterminé en a fait la livraison, il doit en garantir la propriété et l'usage, suivant les termes et dans l'étendue de la convention; et la nature des choses plutôt que la similitude des contrats rend cette obligation semblable à celle qui est imposée à un vendeur. Ainsi, lorsqu'un tiers revendique et se fait autoriser à reprendre l'objet livré à la société par l'un des associés, à titre de mise, cet associé, qui doit s'imputer cette éviction, est obligé d'en payer la valeur, ou, quand cela se peut, d'en fournir un également propre au but proposé. Ainsi, lorsqu'il a transporté des créances à la société, il est tenu de la garantie qui résulte des principes expliqués n°s 313 et suivants, et cette garantie se modifierait à raison de l'espèce particulière de créance dont il s'agirait. S'il s'y refuse, ou si la société ne peut subsister sans l'objet même dont elle est évincée, ses coassociés peuvent provoquer la dissolution et obtenir contre lui des dommages-intérêts.

L'analogie sert encore à décider les questions qui s'élèveraient dans le cas où la mise d'un associé consiste en une chose incorporelle, par exemple, dans la jouissance de dessins d'étoffes, brevets d'invention, productions littéraires qui seraient déjà propriétés publiques, ou dont cet associé ne se serait pas assuré l'exercice exclusif, par l'observation des formalités dont nous avons parlé n°s 109 et suivants.

Il en est de même du cas où la mise consiste dans l'industrie ou le travail. L'associé devant, dans ce cas, être considéré comme ayant contracté un louage de services, c'est d'après ce que les parties ont vraisemblablement entendu, qu'on doit régler ce que l'acte aurait laissé indécis. Nous en avons vu, n°s 690 et suivants, des exemples relativement aux engagements des gens de mer, au profit ou au fret, et nous en offrirons d'autres, en traitant des sociétés en nom collectif, auxquelles cette règle s'applique plus spécialement.

Mais il ne faut pas y donner une extension injuste. On ne pourrait exiger d'un associé qu'il apporte une industrie étrangère à l'objet de la société, et qu'il y confère les produits en résultant, que les parties n'ont pu prévoir, et dont la société a moins été l'origine que l'occasion. Ainsi, un commis, associé à condition qu'il tiendra les livres, peut, aux heures que l'usage consacre au repos, se livrer à cette même occupation et gagner quelque chose en travaillant pour d'autres. Ainsi, quoique, dans la règle, ceux qui se sont associés pour former une compagnie d'assurances, ne puissent faire d'assurances pour leur compte particulier, des personnes qui ont assuré un ou quelques navires déterminés, pourraient faire, en particulier, d'autres opérations semblables. A plus forte raison, un associé pourrait se livrer à des négociations d'une espèce différente de celles dont s'occupe la société, quand même il serait vrai que c'est à l'occasion des affaires communes qu'il aurait trouvé les facilités qui l'ont conduit à ces négociations particulières. Au surplus, ces principes généraux doivent recevoir plus ou moins d'extension, selon l'espèce de la société; et nous en parlerons dans le titre suivant.

990. La mise effectuée par l'associé peut périr, et cette perte produit des effets différents, selon que la mise a été de la propriété ou de l'usage des choses.

Au premier cas, la société étant devenue propriétaire, l'associé qui avait fait cette mise conserve tous ses droits, tant que d'autres parties de l'actif social offrent matière aux opérations. Ceux dont la mise subsiste, ne seraient pas fondés à réclamer la dissolution, ou à prétendre, lors du partage, plus de droits que l'associé dont la mise a péri, parce que l'effet de la livraison a fait disparaître l'ancienne propriété exclusive de l'associé, pour la remplacer par une copropriété qui ne permet plus à l'un des associés, même à celui à qui elle appartenait, d'y prétendre plus de droits que les autres.

Il n'en est pas de même, si la société a eu pour objet l'usage, le profit ou les fruits des choses; chacun des associés étant demeuré propriétaire de celles qu'il a apportées, si elles périssent, c'est pour son compte; il n'a droit à être indemnisé qu'autant que ce cas a été prévu, parce que la société n'est qu'usufruitière, et ne doit supporter que les charges de cette qualité. Cet événement amène la dissolution dont nous ferons connaître les effets dans le troisième titre. Mais si un événement quelconque rendait inutile l'usage de la chose apportée par un associé, ou si la chose dont les fruits ont été emis en société, n'en produisait pas pendant un temps plus ou moins long, la société ne serait pas dissoute, ni les droits de l'associé diminués par cet événement, qui ne serait considéré que comme une perte sociale.

L'application de ce principe peut cependant présenter quelques difficultés. La question sera toujours aisée à résoudre, lorsque les choses auront été achetées depuis que la société a été contractée. Ce fait lève toute incertitude, quand même on prouverait que *telle* somme d'argent, qui formait la mise de *tel* associé, a servi à acheter *tel* objet qui a péri; car, à moins d'une convention ou d'une preuve contraire, ce n'est pas cette chose que l'associé a mise en commun, c'est la société qui a employé à cet achat la somme par lui versée.

Il ne pourrait donc y avoir d'incertitude que si la mise consistait en choses qui, avant la convention, appartenaient à l'associé, ou qu'il s'était obligé d'acheter individuellement, pour les conférer en société. Ainsi, deux voituriers peuvent former une société pour opérer des transports. S'il est clairement établi qu'ils ont mis en commun la propriété de leurs voitures et chevaux, la perte est pour la société. Il en est autrement, s'ils sont convenus qu'ils fourniraient, chacun, l'usage de *tant* de chevaux et de *tant* de voitures; la perte de ces objets sera pour le compte de l'associé qui les a fournis, à moins qu'elle n'arrive par la faute de quelque préposé dont la société serait responsable, comme tout maître l'est des gens à son service : mais ce cas particulier n'apporterait aucun changement au principe.

Il est rare que la nature des choses mises en société, ou que la convention des parties ne donne pas moyen de lever les incertitudes. Ainsi, lorsqu'on met en société des choses qui se consomment par l'usage, et ne peuvent produire de profit que comme objet de négociations, telles que des denrées, de l'argent, etc.; lorsque des choses qu'on ne peut ranger dans cette classe sont apportées par chaque associé, pour composer le fonds d'un commerce qui consistera dans leur débit, ou qu'enfin les associés les ont inventoriées et estimées, ils ont fait suffisamment connaître qu'ils entendaient que la société pût vendre ce que chacun avait apporté sous ces conditions; et par conséquent elle en court les risques.

On peut encore se décider d'après le but que les associés se proposent. Ainsi, lorsque deux marchands de chevaux s'associent pour une entreprise de remonte de cavalerie, et conviennent de mettre en société les chevaux de leurs écuries, la présomption est qu'ils en ont mis la propriété en commun : au contraire, lorsque deux voituriers s'associent pour opérer des transports, et confèrent leurs chevaux ou équipages dans la société, la présomption est qu'ils n'ont entendu y apporter que l'usage des ces objets.

Par suite de ces principes, si un associé apporte l'usage d'un brevet d'invention qui lui a été accordé pour dix ans, et que, dès la seconde année, le gouvernement, par une mesure d'intérêt public, ou par un acte d'autorité que cet associé n'aura point occasionné, lui enlève son privilége exclusif et ordonne la publication de la découverte, cette perte, causée par force majeure, est pour le compte de la société; et si les opérations dont elle se compose peuvent se continuer, nonobstant cette privation, l'associé dont la mise a péri de cette manière, exercera ses droits de même que si la mise eût

consisté dans une maison que le feu du ciel aurait détruite, après qu'elle aurait été livrée à la société [1].

Plus il y a de différence entre l'apport de la propriété et celle des produits ou profits d'une chose, plus il faut rechercher l'intention des contractants. Lorsqu'on ne pourra s'éclairer par les termes de la convention; lorsqu'examinant le but que se proposaient les parties, on verra qu'elles pouvaient indifféremment mettre en société la propriété ou l'usage des choses, la manière dont elles ont opéré, les bases d'après lesquelles les profits ou les pertes devaient être partagés, les circonstances et tous autres moyens dont les tribunaux peuvent se servir pour s'éclairer, seront autant de données pour asseoir une décision. Ainsi, à défaut de stipulations précises ou de circonstances déterminantes, dans une société où l'un des associés apporte sa seule industrie, l'autre associé qui y a mis une chose corporelle, serait réputé n'en avoir transmis que l'usage; parce que cet usage est un équivalent plus exact de l'industrie mise par l'autre associé, que ne le serait la propriété entière.

991. Les dépenses faites par la société, même pour l'entretien des choses dont elle n'a que la jouissance, sont une partie de ses charges. La nature et la durée de la société peuvent souvent servir à déterminer quelles espèces de dépenses sont à la charge commune; il ne faudrait pas toujours se décider par les règles sur l'usufruit. Ainsi, des associés s'unissent pour trois ou cinq ans; l'un d'eux confère, pour sa mise, l'usage de sa maison et des magasins en dépendant. S'il faut faire, pendant la durée de la société, des réparations usufructuaires, qu'on sait être bien plus coûteuses que les réparations locatives, il n'est pas juste, à moins de convention différente, que la société en soit chargée; la durée stipulée donne lieu de croire qu'on n'a pas entendu qu'elle supportât autre chose que les réparations locatives.

La coutume peut souvent servir de guide pour reconnaître l'intention des parties. Par exemple, dans la convention indiquée n° 690, par laquelle les gens de mer se louent au fret ou au profit, l'armateur fournit l'usage de son navire qu'il livre bien caréné, calfeutré et agréé. Le prix des victuailles qu'on embarque pour les provisions du voyage, l'espalmage du navire, qui consiste à l'enduire en dessous de suif ou d'autres matières, afin de le rendre meilleur voilier, sont des dépenses qui doivent être acquittées par le produit des profits ou du fret, ainsi que celles qui ont pour objet de nourrir l'équipage et de soigner les malades pendant le voyage. S'il est nécessaire, pour quelque cause que ce soit, de radouber le navire, les frais en sont de même supportés par la masse du fret ou des profits gagnés ou à gagner.

[1] Rejet, 17 fév. 1830.

SECTION VI.

De la Division du capital en actions.

992. Nous avons dit, n° 975, que souvent on stipulait que le capital d'une société serait divisé en un certain nombre de parts, auxquelles on donne le nom d'*actions*.

Dans l'usage, on applique ce mode de division du capital et de représentation de l'intérêt aux sociétés dans lesquelles tous les associés ou quelques-uns ne sont responsables que jusqu'à concurrence de leur mise, et pour exprimer la part sociale de ces associés à responsabilité limitée. La force de cet usage et du sens qu'on donne à ce mot est telle que si, par une convention quelconque, une personne s'obligeait à céder ou à fournir des actions dans une société, sans en désigner la nature, nous pensons qu'elle serait censée avoir promis une action dans une société de l'espèce de celles que nous venons d'indiquer, et qu'elle ne pourrait se libérer en offrant de céder une part dans une société dont les associés seraient indéfiniment responsables. Les parts dans ces sortes de sociétés portent plus habituellement le nom d'*intérêts* ou *parts;* cependant, comme il n'existe aucune loi qui consacre explicitement cette distinction, si une contestation de ce genre s'élevait, elle ne pourrait être décidée que par les circonstances, et l'appréciation de ce que les parties ont entendu; en appliquant la règle de droit commun que tout pacte obscure doit être interprété contre le vendeur.

Quelle que soit au reste la société que les parties aient ainsi divisée en actions, et indépendamment des règles spéciales que nous

indiquerons dans la suite, une action est, comme on la vu n° 973, une portion indivise dans la propriété de tout ce qui compose le fonds social, par exemple, si c'est une manufacture, dans tout le mobilier, les outils, les ustensiles, les matières premières, les objets fabriqués, les fonds en caisse, les créances, l'emplacement et les édifices qui y sont construits [1].

Quand la société a un revenu fixe et assuré, l'action qui donne droit de partager les profits, est un objet réel et certain. Si les profits sont casuels et incertains, l'action est plutôt une espérance qu'un bien réel; mais elle est toujours, ainsi que nous l'avons fait observer, n° 983, un droit utile, susceptible d'être vendu, donné, etc. Ces produits, plus ou moins sûrs, plus ou moins considérables, selon que le commerce entrepris dépend de plus ou moins de chances, ne sont toujours qu'un revenu, que des fruits, et seraient considérés uniquement sous ce rapport, s'il s'agissait de régler les droits d'une personne qui en aurait l'usufruit.

La réunion des actions forme le fonds capital de la société. Ainsi, une société qui a trois cents actions de 1,000 fr. chacune, a dû s'établir avec un capital de 300,000 fr. Mais de ce qu'une action, dans une société de commerce, donne à chaque actionnaire une copropriété indivise de tout ce qui la compose, dans la proportion du montant de cette action, il ne faut pas en conclure que, dans les cas où l'actif serait composé d'immeubles, chaque associé aurait un droit immobilier, susceptible d'être frappé de ses hypothèques; qu'ainsi les acquéreurs des immeubles de la société auraient besoin de remplir, à l'égard des créanciers de chaque associé, toutes les formalités exigées pour purger les hypothèques des vendeurs; et que d'un autre côté les créanciers de cet associé qui voudraient faire vendre ses actions, devraient suivre la procédure relative à l'expropriation des biens indivis.

Tant que la société subsiste, l'action ne donne droit qu'au partage des produits; les actions sont mobilières [2], et peuvent être vendues sur chacun des associés qui en possède dans les formes déterminées pour la vente des rentes. Si, quelquefois, on a la faculté de les immobiliser, comme l'a permis l'acte du gouvernement, du 16 janvier 1808, pour les actions de la banque de France, c'est une exception qui confirme le principe.

Mais cet état de choses ne subsiste que pendant la durée de la société, qui est le véritable propriétaire du fonds social. Nous aurons soin d'examiner, n° 1085, quel est le caractère de ces actions lorsque la société est dissoute.

993. Ce peu de mots suffit pour démontrer qu'une action n'est pas la même chose qu'une créance contre la société. Être actionnaire dans une société, c'est avoir une part dans le fonds de cette société, en être copropriétaire. Si les édifices viennent à périr par un incendie, ou si la société éprouve tout autre genre de perte, les parts des actionnaires diminuent d'autant; si les fonds augmentent de valeur, ils en profitent. Au contraire, celui qui a prêté de l'argent, qui a vendu des marchandises à une société, qui, en un mot, en est devenu créancier, d'une manière quelconque, ne court point la chance de voir diminuer ou augmenter ses droits en raison des pertes ou des bénéfices de cette société. Ce qu'il peut y prétendre ne résulte point d'une copropriété, mais des droits que tout créancier a sur ce qui appartient à son débiteur. Ainsi, pour en offrir un exemple, le propriétaire d'une action de la banque de France ne peut s'en faire rembourser par cet établissement, tant qu'il ne sera pas dissous: au contraire, celui qui a un billet de banque peut, à tout instant, en exiger le remboursement, comme on l'a vu n° 30.

SECTION VII.

Des Remplacements ou Suppléments de mises.

994. Nous avons vu, n° 990, quels étaient les effets de la perte des mises sociales, selon qu'elles consistaient dans l'usage ou dans la propriété de la chose. C'est en traitant de la dissolution des sociétés, que nous compléterons le développement des principes sur cette matière; mais nous ne croyons pas devoir finir ce chapitre sans examiner si des associés peuvent être obligés, soit à remplacer leur mise périe, soit à l'augmenter quand les circonstances paraissent l'exiger.

[1] Cass., 1er ventose an x.

[2] Rejet, 7 avril 1824. — Rejet, 14 avril 1824.

En règle générale, un associé, dont la mise a péri, n'est pas tenu de la remplacer. Lorsqu'elle périt pour le compte de la société, cet événement augmente la somme des pertes sociales, et diminue simplement l'actif, comme celle de tout autre objet provenu de la collaboration commune. Lorsqu'elle périt pour le compte de l'associé, cette perte doit, en général, dissoudre la société; et c'est dans le titre troisième que nous verrons quels en sont les effets. Mais, dans aucun cas, les principes généraux n'autorisent des associés à exiger que ceux dont la mise a péri soient tenus de la remplacer. C'est la conséquence de ce que nous avons dit n° 990.

Cependant, il n'est point contre la nature des choses qu'une telle obligation soit stipulée. Deux voituriers qui auraient mis en commun l'usage de leurs chevaux ou chariots, pourraient convenir que si quelques chevaux de l'un ou de l'autre meurent, le propriétaire sera tenu de les remplacer. Il peut exister une société entre celui à qui le corps d'un navire appartient, et celui qui en fournit le gréement, pour partager le profit et la perte dans le fret, suivant la proportion dont ils conviennent; et rien n'empêche qu'ils ne stipulent que si quelque partie de l'armement périt ou se détériore par accident, celui qui l'a fourni la remplacera ou la réparera jusqu'à la fin du voyage. Souvent même la nature de l'association, le but que les parties se seront proposé, l'intérêt des tiers envers lesquels la société se sera engagée, serviront à faire présumer qu'une telle convention a été tacitement faite, quoique non exprimée.

995. De même, en principe général, des associés n'ont pas droit de contraindre les autres à fournir au delà de ce à quoi ils se sont engagés. Si néanmoins, faute d'un supplément de contigent, on ne pouvait atteindre le but commun, la majorité des voix devrait décider s'il y a lieu de dissoudre la société, ou de la continuer, en faisant fournir, par chacun, un supplément de fonds; et les refusants pourraient être contraints à se retirer de la société avant le temps fixé par le contrat pour sa dissolution.

Mais si le besoin ou la demande de nouveaux contigents n'avait pour objet que de donner plus d'extension aux affaires de la société, extension qui ne serait pas elle-même la conséquence d'opérations antérieurement délibérées, la majorité n'aurait pas droit de décider une augmentation de mise, ou du moins, un associé ne pourrait être exclu, s'il refusait de la fournir, malgré la délibération.

Au reste, il est rare que ces cas ne soient pas prévus, soit par l'acte de société, soit par des conventions ou des délibérations additionnelles. Dans le silence des parties, les circonstances et l'équité doivent servir de guide.

CHAPITRE III.

De la Détermination des parts dans les profits et les pertes.

996. Toute société doit être contractée pour l'intérêt commun des associés: la conséquence de cette règle est que chacun participe aux pertes et aux profits. La clause qui donnerait à l'un des associés la totalité des bénéfices, même en l'assujettissant à souffrir toutes les pertes, changerait le caractère de la convention. Elle ne serait pas usuraire, sans doute, car s'il en résulte que les autres associés n'ont aucun profit, ils n'auraient aussi à souffrir aucune perte; mais tous les associés, sauf celui en faveur de qui la clause aurait été stipulée, seraient sans intérêt dans la société; la convention manquerait dans son essence, puisqu'elle n'aurait pas pour objet un intérêt commun.

Il est assez naturel que la participation de chaque associé dans les pertes et les profits soit fixée en une égale proportion avec sa mise comparée à celle des autres. Par conséquent, des parties qui n'auraient point évalué leurs apports, seraient réputées avoir entendu que cette participation fût égale. Mais la diversité des talents et des moyens commerciaux modifie singulièrement ce principe d'égalité qui n'est appliqué qu'à défaut de convention. Il n'est pas nécessaire que la participation aux bénéfices et aux pertes soit dans une rigoureuse et exacte proportion avec la mise; il suffit que l'un ne puisse pas laisser à l'autre des risques ou de la perte, sans possibilité de profits.

De même, on peut convenir qu'un des associés n'aura de part dans les bénéfices, et

ne supportera les pertes, que dans le cas de *tel* événement, tandis que les droits et les obligations des autres ne seront pas subordonnés à une chance ; pourvu, d'ailleurs, que l'événement ne dépendît pas de la volonté des associés.

997. Souvent l'associé en faveur de qui une chance avantageuse a été stipulée, peut en composer cet avantage avec quelqu'autre qu'il fait à ses coassociés, et que les contractants apprécient sans avoir voulu l'exprimer ; d'autres fois, un associé s'oblige à donner des soins, son nom, ou doit s'exposer à des dangers et à des fatigues personnels, que les autres n'auront pas à courir. Il est aussi des personnes dont l'industrie est si précieuse, qu'elle est plus utile à une société que de l'argent ou des valeurs fixes. En un mot, il n'est pas de l'essence d'une société qu'il y ait, entre tous les intéressés, une égalité absolue dans la participation aux charges et aux bénéfices : on peut, par des conventions spéciales, déroger à cette règle : on peut même déterminer les parts dans les bénéfices en une proportion différente de la contribution, soit aux dépenses, soit aux pertes. Tout ce qui est indispensable et de l'essence de la société, c'est que l'un de ses membres ne puisse participer aux bénéfices, avant que toutes les dépenses en aient été déduites.

Ainsi, la convention par laquelle l'un des associés aurait part au profit de chacune des affaires avantageuses, sans rien supporter de la perte que la société souffrirait dans les affaires désavantageuses, blesserait l'équité. Mais dans une société où l'un confère son industrie, et l'autre des valeurs réelles, on peut convenir que le bailleur de fonds les retirera avec une portion déterminée des produits, et que l'autre, qui n'avait cependant apporté que ses soins et son industrie, sera propriétaire du reste, ou que celui qui confère son industrie n'aura de part dans les profits, qu'autant qu'ils excéderont *telle* somme, et seulement dans cet excédant. Il suffit, pour l'équité de cette convention, que le prix de l'industrie de cet associé, qu'il court risque de perdre si les bénéfices ne s'élèvent pas à ce qui a été déterminé, équipolle à l'espérance de la somme à laquelle ces profits pourront s'élever.

En général, toutes les fois que l'un des associés apporte particulièrement quelque avantage à la société, on peut, pour l'en récompenser, convenir qu'il sera déchargé de la perte pour partie ou même pour le total.

De même, on peut stipuler qu'après la dissolution de la société, on fera un état de tous les gains et de toutes les pertes, et que si le total des gains excède celui des pertes, un associé prendra sa part dans l'excédant ; que si le total des pertes excède celui des gains, cet associé ne supportera que *telle* partie des dettes, ou qu'en sacrifiant sa mise, il ne supportera rien au-delà ; et même, s'il n'a mis que son industrie, qu'il sera affranchi de toute contribution aux dettes. Dans tous ces cas, si l'associé, en faveur duquel cette clause a été stipulée, a eu la chance de bénéfices indéfinis, il a eu aussi celle de contribuer aux pertes, quoique d'une manière limitée, soit en perdant sa mise, soit en ayant donné son industrie en pure perte, ce qui suffit pour que les principes essentiels de la société ne soient pas violés.

998. Mais aussi ces principes seraient violés, si les circonstances se réunissaient pour démontrer que la société n'est qu'un acte simulé, destiné à déguiser un prêt usuraire. On doit mettre au nombre de ces clauses prohibées la stipulation par laquelle l'un des associés s'obligerait de rendre à l'autre, ou aux autres, à la fin de la société, la somme d'argent par eux apportée, avec une portion quelconque dans les gains, s'il y en a ; et si la société est en perte, de rendre ces capitaux sans aucune déduction pour les pertes. Vainement ceux qui auraient fait une telle stipulation prétendraient-ils que le bénéfice qui leur est attribué représente les intérêts des capitaux conférés par eux dans la société ; que la chance d'obtenir des bénéfices supérieurs à l'intérêt légal est balancée par la possibilité que, s'il y a des pertes, ils soient privés des intérêts de ces mêmes capitaux. La nature des contrats ne doit pas être confondue. Voulait-on, en stipulant ainsi, faire un contrat de société ? Il est de l'essence de cette convention que les apports respectifs ne puissent être retirés par les associés, si les pertes de la société sont telles qu'elles absorbent toutes les mises. Opérait-on simplement un prêt ? Les intérêts doivent être certains, de manière qu'on puisse savoir si le taux légal a été excédé. Il n'est pas permis de les stipuler dans une forme aléatoire : cette faculté n'est accordée que dans le contrat à la grosse, qui diffère essentiellement

du prêt à intérêt ; et d'ailleurs, dans le contrat à la grosse même, le profit maritime n'est accordé, pour tenir lieu d'intérêts, que parce qu'en même temps le prêteur se soumet au risque de perdre tout ou partie de de son capital.

Mais il ne faudrait pas conclure de la nullité de cette clause, celle de l'acte de société en son entier. Par une disposition particulière aux sociétés, on s'est écarté du principe général d'après lequel il semblerait que la convention devrait être entièrement annulée; la société subsistera donc, et la participation dans les bénéfices ou dans les pertes, se réglera comme si les associés n'avaient rien stipulé à cet égard; à moins que les tribunaux ne crussent, d'après les expressions du contrat, devoir décider que la convention n'est qu'un prêt ordinaire dont ils réduiraient les intérêts au taux légal. C'est à l'aide de ces principes qu'on pourrait juger de la validité d'une clause par laquelle un associé stipulerait, soit la condition prévue n° 866, soit même que si, à l'expiration de la première année, la société est en perte, ou ne présente pas des bénéfices en *telle* proportion avec les mises, il pourra se retirer et se faire rembourser son apport, soit sans intérêt, soit avec l'intérêt légal des prêts de commerce ; car il ne nous paraît pas qu'en elle-même cette stipulation fût interdite et dût être jugée illicite.

Du reste, il ne faudrait pas considérer comme nulle la clause par laquelle un des associés abandonnerait à l'autre, même avant que la société fût dissoute, tous les bénéfices qu'il peut espérer, pour une somme fixe; ni celle par laquelle un des associés se ferait garantir par un autre associé ou par la société elle-même, contre la chance de perte de sa mise, moyennant un prix déterminé. Une telle clause ne serait qu'une assurance pure et simple qui, pouvant être donnée par un tiers, a pu l'être aussi par un des associés ou par la société. Elle serait réglée par les principes que nous avons indiqués n°s 588 et suivants. Il suffit de dire que si les circonstances établissaient suffisamment que cette assurance prétendue couvre une convention usuraire, elle pourrait être annulée, parce que les conventions licites ne doivent jamais servir de moyen pour en déguiser d'illicites.

Les associés peuvent aussi convenir que les parts seront déterminées par l'un d'eux ou par un tiers; et ce règlement ne peut être attaqué qu'autant qu'il serait évidemment contraire à l'équité. Dans ce cas même, la réclamation est inadmissible, si le règlement a reçu, de la part du réclamant, un commencement d'exécution, ou s'il s'est écoulé trois mois depuis qu'il en a eu connaissance.

Si le tiers ne voulait ou ne pouvait procéder à cette détermination, alors il faudrait faire une distinction : ou la fixation aurait dû être faite avant que la société prît son commencement; ou elle n'aurait dû l'être que pour déterminer les effets d'une société déjà existante. Dans le premier cas, la société n'a jamais existé, puisqu'étant surbordonnée à une condition, l'impossibilité de son accomplissement a annulé la convention. Dans le second, les juges devraient procéder à la fixation que le tiers choisi refuserait de faire; car il ne faudrait pas conclure de ce que le mode déterminé par les parties est impossible, qu'on dût en revenir au principe d'égalité énoncé n° 996, pour le cas où il n'y a point de convention. Les associés, en stipulant qu'un tiers serait chargé de déterminer les parts, ont suffisamment manifesté leur volonté contraire. D'ailleurs, une règle uniforme, inflexiblement appliquée à des rapports essentiellement variables, est toujours plus arbitraire que la juste appréciation des tribunaux.

Ces conventions ne se supposent point; elles doivent être expresses et précises : le silence doit être interprété en faveur de l'égalité proportionnelle. Par exemple, si on avait déterminé qu'un associé aurait les deux tiers du profit, sans rien dire des pertes, il devrait les supporter dans la même proportion qu'il profite des bénéfices.

999. Les profits et pertes doivent, à défaut de convention particulière, être réglés à la fin de chaque année, lorsqu'on fait l'inventaire annuel dont nous avons parlé n° 90.

On considère comme profits de la société, tout ce qui reste à sa disposition, déduction faite des dettes communes, des frais de gestion et d'administration, des capitaux qui en constituent le fonds, soit d'après la convention des parties, soit d'après la nature des opérations qu'elle embrasse, quand même ces capitaux excèderaient la mise des associés, et se composeraient des gains faits depuis sa formation, qu'ils y auraient ajoutés. Au contraire, lorsque les dettes, les frais

de gestion, et autres semblables, ne sont pas balancés par les choses communes et les bénéfices que leur emploi a pu procurer, on dit qu'il y a perte.

En évaluant les profits et les pertes, il faut faire entrer en compte la diminution de valeur et la détérioration progressive que reçoivent, par l'usage, les instruments, les ustensiles et autres effets dont la société se sert pour l'exercice de ses opérations, ainsi que la dépréciation que des marchandises appartenant à la société, peuvent avoir éprouvée par suite de la variation du cours; par la même raison l'exhaussement de leur valeur serait aussi pris en considération pour la détermination des bénéfices.

1000. De ce que, chaque année, des associés doivent ainsi constater la situation sociale en profits et pertes, il n'en résulte pas pour eux la nécessité de partager les bénéfices qu'ils peuvent avoir faits pendant l'année dans la proportion de leurs parts. Il est assez d'usage que ces profits restent pour augmenter les capitaux actifs; et les créanciers d'un associé ne pourraient s'y opposer, sous prétexte d'exercer les droits que nous leur avons reconnus n° 975. C'est pour cette raison que, dans les actes de société, on convient, pour l'ordinaire, que chaque associé prendra, par an, *telle* somme pour sa nourriture et l'entretien de sa famille; que nul des associés ne pourra disposer d'une plus grande somme, si ce n'est en compte-courant, et par conséquent comme emprunteur, obligé de plein droit à en payer les intérêts; tous les profits ne devant, dans ce cas, être partagés qu'à la fin de la société.

Mais à défaut d'une convention de cette espèce, chaque associé est libre de disposer de sa part dans les bénéfices annuels, et de la retirer de la société; la majorité des voix même ne peut l'obliger à la laisser pour accroître les fonds sociaux. Néanmoins, chaque associé doit attendre, pour en exiger le paiement, qu'il puisse être effectué sans nuire à la continuation des opérations sociales.

Au surplus, l'espèce particulière de la société qui a été contractée doit être prise en grande considération, lorsqu'il s'agit de régler les points que le contrat social, ou les conventions ultérieures ont laissé indécis.

CHAPITRE IV.

De l'Obligation des associés de faire juger leurs différends par les arbitres.

1001. En cas de contestation entre les associés, pourvu qu'elle soit relative à la société soit pendant sa durée, soit à sa dissolution, les associés doivent être jugés par des arbitres. Les contractants ne sont pas libres de se soustraire à cette juridiction spéciale, soit par leurs conventions, soit par un fait commun, en comparaissant volontairement devant les juges ordinaires [1], à moins que leur société, quoique contractée dans les formes d'une société commerciale, n'eût pour but des opérations qui ne peuvent, d'après les principes expliqués n°s 4 et suivants, être rangées parmi les entreprises ou les actes de commerce [2].

Il faut aussi que ces contestations soient relatives aux rapports que la qualité d'associés établit respectivement entre les membres de la société. Ainsi, la contestation entre plusieurs personnes dont l'une soutiendrait qu'il a été formé, entre elle et les autres, une société que celles-ci dénieraient, ne serait pas, ainsi qu'on le verra n° 1409, de la compétence des arbitres, puisqu'il ne s'agirait pas de l'exécution de l'acte, mais bien de son existence. Mais si un associé prétendait que l'autre l'a induit en erreur, en annonçant une mise qui n'était pas réelle, ou qu'il n'a pas réalisée, la demande en résolution du contrat serait de la compétence arbitrale, car ce n'est plus ici le fait de formation de la société qui est contesté; et précisément on n'en demande la résolution que parce qu'elle existe. A plus forte raison en serait-il ainsi du cas où un associé demanderait contre l'autre la dissolution de la société, pour manque à ses engagements [3].

Les contractants peuvent, du reste, modifier les règles générales sur l'arbitrage, que nous ferons connaître dans la septième partie, soit en limitant la classe de personnes parmi lesquelles seront choisis les arbitres, soit en réglant la forme de leur nomination, le nombre de voix nécessaire pour rendre

[1] Cass., 7 janv. 1818. Dalloz, t. 2, p. 285.

[2] Rejet, 14 déc. 1819. — Rejet, 23 août 1820. Sirey, t. 21, p. 137. Dalloz, t. 25, p. 271.

[3] Rejet, 21 août 1828. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 32.

une décision, le mode de procéder, etc., soit en s'interdisant la faculté de se pourvoir contre leur sentence.

1002. Par une dérogation aux principes du droit civil, qui ne permettent pas que des héritiers mineurs soient tenus de continuer l'arbitrage consenti ou même commencé par leur auteur, si le décès d'un associé oblige à régler des intérêts communs avec un mineur, héritier de cet associé, on doit toujours prendre des arbitres. Le tuteur n'a besoin d'aucune autorisation du conseil de famille, soit pour continuer de défendre devant ceux qui auraient été nommés, du vivant de l'auteur de ce mineur, soit pour en choisir.

A plus forte raison, les veuves et les héritiers majeurs d'associés, ou la masse des créanciers d'un failli, ne peuvent-ils s'en dispenser.

Il n'y a qu'une différence que commande la qualité des parties. Le tuteur ne peut renoncer à la faculté d'interjeter appel; et même, comme nous le dirons n° 1391, nous serions portés à croire que si l'auteur du mineur avait consenti au jugement en dernier ressort, les arbitres ne conserveraient pas cette autorité.

TITRE II.

DES DIVERSES ESPÈCES DE SOCIÉTÉS COMMERCIALES.

1003. On distingue quatre espèces de sociétés commerciales: la société en nom collectif; la société en commandite; la société anonyme; l'association en participation.

Nous allons faire connaître, dans les quatre chapitres suivants, les règles qui leur sont particulières, et comment les principes généraux exposés dans le titre précédent sont modifiés par la nature particulière de chacune d'elles.

CHAPITRE PREMIER.

Des Sociétés en nom collectif.

1004. La société en nom collectif est celle qui se forme entre plusieurs personnes pour faire ensemble, sous une raison sociale, telles opérations de commerce qu'elles jugeront à propos, pendant tout le temps de sa durée. Elle est en quelque sorte le type des autres sociétés, qui n'en sont que des modifications plus ou moins directes; il est de son essence que tous ceux qui la composent concourent à l'administration, ou soient censés y concourir par une délégation de pouvoirs, et que toute obligation contractée sous le nom commun soit, par cela seul, une dette de tous.

On peut considérer dans cette société: 1° la manière dont son existence doit être prouvée; 2° ce qui concerne sa gestion; 3° l'effet des engagements sociaux.

Ce sera l'objet des trois sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

De la Forme et de la Publicité des actes de société en nom collectif.

1005. Toute convention de société en nom collectif doit être rédigée par écrit; et la preuve testimoniale n'en est point admise entre ceux qui se prétendent associés, quand même l'objet de la société n'excéderait pas 150 francs.

Cet écrit peut être sous signatures privées, pourvu qu'il soit rédigé en autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées, conformément aux règles que nous avons données n° 245.

Ce que nous avons dit dans le titre précédent fait connaître les principales clauses que les contractants peuvent insérer dans leur convention. Ils doivent avoir d'autant plus de soin de les exprimer, qu'on ne pourrait admettre, entre eux, aucune preuve par témoins contre et outre le contenu de l'acte de société, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant ou depuis, quelque modique que fût la somme dont il s'agirait. Une des conditions essentielles de la société en nom collectif est qu'elle ait une raison sociale. Il

faut se reporter, à cet égard, à ce que nous avons dit n[os] 977 et 978.

1006. L'acte de société doit être rendu public par l'affiche d'un extrait signé du notaire qui l'a reçu, ou de tous les associés, s'il est sous seing-privé. Cet extrait doit contenir : les noms, prénoms, qualités et demeures des associés ; la raison de commerce de la société ; la désignation des associés autorisés à gérer, si l'acte en a délégué le droit à quelques-uns, l'objet pour lequel on l'a contractée ; l'époque, les événements ou les conditions qui doivent en faire commencer ou finir l'existence, en un mot toutce qui, faisant exception au droit commun, serait de nature à être opposé aux tiers.

Cet extrait doit, dans la quinzaine du jour où la convention a reçu une date certaine, être remis au greffe du tribunal de commerce de l'arrondissement dans lequel est établie la maison sociale, pour être transcrit sur le registre à ce destiné, et affiché, pendant trois mois, dans la salle des audiences. Si la société a plusieurs maisons de commerce situées dans divers arrondissements, la remise, la transcription et l'affiche doivent être faites aux différents tribunaux. Cet extrait doit aussi, conformément à l'acte du gouvernement du 12 février 1814, être inséré dans les affiches judiciaires et dans le journal de commerce du département [1].

Les mêmes conditions sont exigées, pour les continuations de sociétés au delà du terme de leur durée ; pour tout changement ou retraite d'associé ; pour toute modification à la raison sociale ; pour toutes clauses ou stipulations nouvelles qui, par leur nature, eussent dû être rendues publiques avec l'acte constitutif de la société, si elles y avaient alors été insérées.

1007. Lorsqu'un acte de société n'a pas été rédigé ou rendu public dans les formes qui viennent d'être indiquées, chacun des contractants a droit d'en demander la nullité, sans que l'exécution qu'il y aurait donnée puisse faire élever contre lui une fin de non-recevoir. Cette nullité doit être prononcée, quel que soit l'associé qui l'invoque, quand même ce serait par sa propre négligence ou sa faute que le défaut d'affiche aurait eu lieu ; sauf les dommages-intérêts contre cet associé, pour le tort que la non continuation de la société cause aux autres.

[1] Cass., 23 janv. 1830. J. du 19e s., 1830, 1e, p. 203.

C'est la conséquence de ce que nous avons dit n[os] 987 et suivants. Si le défaut d'affiche était imputable au greffier du tribunal, entre les mains duquel l'extrait de l'acte a été déposé, la nullité n'en existerait pas moins ; mais il serait responsable des dommages-intérêts envers qui de droit ; et comme ce serait un véritable fait de charge, ces dommages-intérêts seraient privilégiés sur son cautionnement.

Il ne faut pas, toutefois, que ce principe devienne une source d'injustices. Si, par suite de ce que nous avons dit n[os] 158 et suivants, la convention d'être associé pour une chose contraire aux lois, par exemple, pour la contrebande, serait illicite, et si, quelle que fût la mise que l'un ait confiée à l'autre, quelque somme que l'un ait à demander à l'autre pour sa part des bénéfices, toute action, toute exception, leur seraient respectivement déniées, il ne doit pas en être ainsi de la nullité qui proviendrait du seul défaut d'observation des formalités prescrites pour constater et rendre publique l'existence de la convention.

Lorsque ceux qui ont ainsi contracté une société, sans la rédiger par écrit et rendre cet écrit public, ont eu des relations ou une communauté d'affaires susceptible de produire des effets, et par conséquent des actions que les bonnes mœurs ne proscrivent pas, les tribunaux ne peuvent refuser de prononcer suivant les règles de l'équité. La nullité à l'égard des intéressés ne doit donc consister qu'en ce qu'aucun d'eux ne peut être contraint de réaliser l'engagement d'entrer en société, si elle n'a pas encore commencé ; et que si elle a commencé, chacun peut la dissoudre quand il ne juge pas à propos d'y rester, sans que les autres puissent le forcer à l'exécution de l'acte qui en déterminerait la durée. Nous serions même portés à croire que si une société, non rendue publique, avait été exécutée par les associés, et que l'un d'eux eût, par quelque fait personnel, donné lieu à une demande en dommages-intérêts contre lui de la part des autres, il pourrait difficilement échapper à cette condamnation en excipant de la non publicité de l'acte. Il avait sans doute le droit de provoquer la nullité ; mais il est en fraude dans ce cas, et nul ne peut échapper aux réparations qui sont les suites de sa fraude.

Il s'ensuit qu'un acte de dissolution de

société non formée par écrit et non affichée, ne serait pas frappé de nullité comme acte sans cause; si l'un ou quelques-uns des associés s'étaient obligés à quelque paiement envers les autres, pour prix de cette dissolution.

1008. Celui qui, dans le cas que nous venons d'indiquer, voudrait contraindre son adversaire à exécuter, jusqu'à l'époque convenue pour sa dissolution, une société dont l'acte n'aurait pas été rédigé, ne pourrait être admis à la prouver, soit à l'aide d'un commencement de preuve par écrit, soit en produisant un acte auquel il ne manquerait que d'avoir été affiché dans la forme et les délais prescrits. La rédaction et l'affiche ayant paru d'un grand intérêt, on a voulu contraindre les associés à s'y conformer, à peine de nullité à leur égard : il n'est donc pas juste qu'ils aient, lorsqu'ils n'ont pas obéi à la loi, les mêmes avantages que s'ils s'y étaient conformés; la nullité est, en ce cas, une peine.

Ce que l'équité commande ici n'est donc pas de maintenir, pour l'avenir, des actes dont les contractants n'ont pas mérité d'obtenir l'exécution, mais de déterminer les rapports passés, d'après les règles de l'équité qui ne permet pas que personne s'enrichisse aux dépens d'autrui, et qui veut que toute réunion d'intérêts, même fortuite, établisse des rapports, et donne des droits respectifs pour se provoquer à un réglement en partage [1].

Tout ce que nous dirons sur les associations commerciales en participation servirait, dans ce cas, à régler les intérêts des personnes qui ont eu ces espèces de rapports; sans préjudice du droit des tiers, dès qu'ils ont prouvé la société, de poursuivre les associés, de la même manière que si un acte régulier avait été affiché.

L'application de ces principes fait naître cependant une difficulté qu'il nous semble convenable de résoudre par les règles de l'équité, plutôt que par la rigueur du droit. Nous avons vu, n° 1006, que l'extrait de l'acte social devait être remis au greffe, et inséré aux journaux dans la quinzaine de sa date. Néanmoins, si, par un de ces retards qu'occasionne trop souvent la lenteur des receveurs de l'enregistrement, ou des notaires, cette remise ne pouvait être faite que le seizième, le dix-septième jour après cette date, y aurait-il nullité, et en serait-il de même que si le dépôt n'eût pas été fait? Si un acte de société était rédigé plusieurs mois avant l'époque de son commencement, l'affiche faite après la quinzaine de la date, mais avant qu'aucune opération ait commencé, serait-elle également nulle? Nous ne saurions le croire. Sans doute l'acte de société est présumé n'avoir eu aucune existence légale, tant qu'il n'a point été rendu public, et la demande en nullité qu'un des associés formerait avant cette affiche devrait être accueillie, sans égard à la publicité qui lui serait donnée postérieurement; mais si, avant cette demande, l'affiche a été faite, il semble naturel de décider que les conditions de cet acte doivent avoir leur effet. A plus forte raison doit-il en être ainsi, lorsque l'associé qui invoque cette nullité a reconnu l'existence de la société, tardivement publiée, par des actes formels et approbatifs, depuis l'expiration du délai dans lequel l'extrait de l'acte social aurait dû être affiché [2].

1009. Toutefois, comme il ne serait pas juste que des tiers, agissant en leur propre nom et sans exercer les droits d'un des prétendus associés, fussent privés de la faculté de prouver qu'il a existé une société entre des personnes qui n'en ont pas rédigé ou qui ne veulent pas en montrer l'acte, ceux-ci ne pourraient leur opposer la nullité résultant de l'inobservation de ces obligations, pour se dispenser d'exécuter leurs engagements exprès ou tacites.

Vainement dirait-on que ces tiers, n'ayant pas connu légalement l'acte de société, n'ont pu contracter sous la foi de son existence! Si réellement elle existe, il n'est pas juste de les priver des droits qui en résultent en leur faveur [3]. L'existence de la société étant prouvée par ces tiers, contre l'associé qui la dénie, il ne lui appartient pas de qualifier sa position au gré de son intérêt; il est en faute, et par conséquent, réputé s'être soustrait aux obligations que la loi lui imposait, dans la vue de tromper ces tiers.

C'est aux tribunaux à veiller, par leur sagacité dans l'admission des preuves, à ce

1 Rejet, 2 juill. 1817. — Rejet, 10 juill. 1823. Dalloz, t. 25, p. 308.

2 Rejet, 12 juill. 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 403.

3 Rejet, 22 messidor an 12. — Rejet, 25 floréal an XIII. — Rejet, 11 avril 1806. — Cass., 16 avril. 1806. Dalloz, t. 25, p. 301 et 382.

que ce principe d'équité ne devienne pas un moyen de vexations injustes; il suffit de tenir comme principe certain, que la preuve testimoniale, même sans commencement de preuve par écrit, est admissible. Mais il faut qu'elle porte sur des faits personnels à celui contre qui on veut l'établir [1]; car de ce que Pierre aurait signé un billet sous la raison Pierre et Paul, il ne faudrait pas conclure que ce dernier fût associé de Pierre, s'il n'en existait pas de preuve plus directe.

Ces preuves de l'existence d'une société quoique non rédigées par écrit, peuvent souvent être fondées sur les énonciations des livres, ou déduites des circulaires que les associés écrivent et envoient, soit à des correspondants habituels, soit à toutes personnes indistinctement, ou des avis qu'ils répandent et font insérer dans les journaux, lorsqu'ils ont concouru à cette insertion, ou n'ont point réclamé après en avoir eu connaissance. On voit par là qu'elles seraient encore plus facilement admises lorsqu'on prétend qu'il y a eu rénovation ou continuation de société, après l'époque de sa dissolution, quoique légalement notifiée au public dans les formes dont nous parlerons plus bas. Ainsi, celui qui, même après qu'une société dont il était membre est dissoute, et que cette dissolution a été rendue publique, a laissé, sciemment, ses ci-devant associés qui continuaient les opérations dont se composait le commerce de la société, employer son nom dans leur raison sociale, et ne s'y est point opposé, pourrait, avec fondement, être déclaré associé.

Du reste, on doit remarquer d'abord qu'un jugement de cette nature ne ferait titre qu'en faveur de celui qui l'aurait obtenu, et ne serait point un obstacle à ce que les prétendus associés, mieux défendus, ne fissent juger, contre d'autres personnes, que la société n'existait point; en second lieu, que si la preuve d'une telle société résultait d'un acte produit par le tiers qui en allègue l'existence, cet acte, encore qu'il n'eût pas reçu la publicité requise, ne pourrait être divisé, et serait la base des décisions à rendre sur les demandes formées contre ceux qu'il s'agirait de déclarer associés, par exemple, si cet acte ne conférait le droit de signature qu'à l'un des associés, les porteurs d'obligations souscrites par l'autre, à qui l'acte, produit par eux-mêmes, interdisait le droit d'obliger la société, ne pourraient les faire considérer de plein droit, comme engagements sociaux.

Nous ne devons pas terminer ce qui concerne la preuve d'existence d'une société sans résoudre une difficulté qui peut s'élever quelquefois. On verra, nos 1089 et 1207, que les créanciers d'une société ont des droits exclusifs sur les objets qui constituent le fonds social. Lorsque, pour obtenir cette préférence, des créanciers allèguent qu'un débiteur failli avait contracté une société, dont les marchandises existantes dans *tel* ou *tel* magasin, formaient l'actif, et veulent exercer sur ces objets, comme créanciers de cette société, des droits de préférence à l'exclusion des autres créanciers du failli, peuvent-ils prouver l'existence de cette société, par un acte non affiché, et prétendre qu'ils sont des tiers auxquels le défaut de publicité ne peut être opposé? Nous ne le pensons pas. Ils allèguent un fait d'où ils entendent prendre un droit; ils en doivent faire la preuve régulière. En prétendant que leur débiteur avait formé une société, ils sont, sous ce rapport, à son lieu et place, et ne peuvent prouver l'existence de la société que comme celui-ci le pourrait lui-même [2].

1010. Par suite de ces principes, on ne doit point hésiter à décider que celui qui aurait contracté avec une société, dont un acte publié, comme nous l'avons dit n° 1006, ne justifierait pas l'existence, ne serait point fondé à refuser, sous ce prétexte, l'exécution de ses engagements envers cette société. Il pourrait seulement, si le titre de son obligation ne constituait pas les associés créanciers solidaires, refuser de reconnaître, dans celui qui se dirait gérant, le droit d'exiger l'exécution de l'obligation au nom des autres, puisque l'acte en vertu duquel cet associé se prétendrait ainsi fondé à représenter ses co-créanciers, n'aurait pas acquis la publicité légale.

Mais si l'on ne peut révoquer en doute que les personnes entre lesquelles une société a été formée sans l'observation des formalités prescrites, ne peuvent exciper de la nullité contre les tiers créanciers de cette société, il ne faut pas en conclure à l'inverse, que le créancier personnel d'un de ces associés qui y aurait intérêt, par exemple pour exercer,

[1] Rejet, 23 nov. 1812. Dalloz, t. 25, p. 311.

[2] Rejet, 13 fév. 1821. Dalloz, t. 25, p. 312.

malgré les prétendus associés de son débiteur, des droits sur des objets mis par celui-ci en société, serait non recevable à contester l'existence légale de la société, en se fondant sur ce qu'elle n'aurait pas été rendue publique [1]. La seule condition nécessaire en pareil cas, serait que sa qualité de créancier de l'associé qui a ainsi contracté un acte irrégulier, existât à l'époque où ce débiteur a formé la société [2].

1011. Les portions que les associés ont dans une société en nom collectif, s'appellent le plus souvent *intérêts* ou *parts*, et ce n'est, comme on l'a vu n° 992, qu'improprement qu'on les appellerait *actions*, cette dénomination étant en quelque sorte consacrée par le législateur pour désigner les parties d'intérêts des associés qui, dans les sociétés en commandite ou anonymes, ne sont obligés que jusqu'à concurrence de leur mise. Au surplus, si elle était employée pour désigner les parts d'intérêt social dans une société en nom collectif, il ne faudrait pas en conclure que les principes sur la négociation des actions et la substitution du cessionnaire ou cédant fussent applicables à cette espèce de société. La nature des choses ne répugne pas précisément à ce qu'elle soit divisée en actions; mais ce que repousserait l'essence de cette société, c'est que les propriétaires de ces portions pussent substituer de nouveaux associés à ceux que l'acte affiché a fait connaître au public. Ce mode de diviser et même de transmettre les parts d'intérêts de chacun des associés primitifs ne détruirait en rien leur responsabilité, et les cessionnaires ne seraient, dans le fait, que les simples croupiers de leurs cédants, soumis aux règles expliquées n° 974.

SECTION II.

De la Gestion des sociétés en nom collectif.

1012. La société en nom collectif est celle qui est régie par le plus grand nombre des règles du droit civil, et dans laquelle les principes exposés au titre précédent éprouvent le moins de modifications. En appliquant ces principes, on voit que les associés peuvent déléguer à quelques-uns d'entre eux le droit que tous ont d'administrer la société, et que ce droit appartient à chacun, lorsqu'une délégation de pouvoirs n'a pas été faite. Cette distinction sera la matière de deux paragraphes.

Du reste, tous les associés sont présumés gérer lorsqu'ils ont confié le droit d'agir pour la société, à des commis ou autres délégués : mais alors on appliquerait les principes établis n° 561 ; il est donc inutile d'en parler ici.

§ Ier. *De la Délégation de pouvoirs à des gérants.*

1013. Le plus souvent, les associés conviennent que quelques-uns d'entre eux, qu'ils désignent, auront l'administration, et seront ce qu'on appelle *gérants*. Cette nomination est faite, ou par l'acte de société, ou par des délibérations particulières. La différence entre ces deux modes de nomination n'en entraîne aucune dans les rapports des gérants et de la société avec les tiers.

Les conventions que des associés sont libres de faire sur l'administration, la nature et l'étendue des pouvoirs des gérants, peuvent varier à l'infini, pourvu qu'elles n'aient rien qui détruise l'essence de la société par des dispositions contraires aux principes que nous avons développés dans le titre précédent.

Lorsque les pouvoirs ne sont pas déterminés, l'associé ou les associés gérants ont, selon la nature et l'objet de la société, droit de faire les achats nécessaires à ses besoins; de vendre les choses qui en dépendent et qui sont de nature à l'être; de convenir des marchés, tant pour les réparations des bâtiments, magasins et autres cénacles destinés aux opérations de la société, que pour les distributions et autres travaux qu'exigerait la suite ou l'extension des affaires sociales, etc.; en un mot, de faire tout ce que la nature des choses ou l'objet de la société rend nécessaire pour qu'elle subsiste.

1014. Ce qu'il est important de remarquer, et ce qui doit être perpétuellement la base des décisions lorsqu'il s'élève quelque doute sur la légitimité de ce qu'a fait un associé gérant non-seulement avec les tiers, mais encore entre les autres associés et les tiers, c'est le point de savoir si ce qu'il a

[1] Rejet, 13 fév. 1821. Dalloz, t. 25, p. 312.

[2] Rejet, 16 déc. 1823. Dalloz, t. 25, p. 313

fait est un objet d'administration. Ainsi, dans une manufacture, l'associé gérant peut, par sa qualité, acheter des marchandises et souscrire des obligations pour en payer le prix, ou même pour argent prêté. Il peut vendre les objets fabriqués, parce que c'est leur destination, et même les matières premières que la société aurait achetées pour fabriquer, parce qu'il n'est pas impossible que dans certains cas les circonstances ou l'espoir d'un bénéfice ne portent à faire de telles reventes. Il a droit de faire et de poursuivre tous recouvrements des sommes dues à la société; d'où il suit qu'il peut, au moyen d'une compensation conventionnelle, éteindre la dette d'un débiteur de la société, dont il serait lui-même personnellement débiteur. On sent que cela n'a rien de contraire au principe que nous avons posé nº 975, que le créancier d'un associé ne peut forcer la société à la compensation de cette créance avec ce qu'il doit à la société, ce qui ne s'entend que de la compensation de plein droti. Mais l'aliénation qu'il ferait, sans une autorisation spéciale de ses coassociés, de la maison, des magasins servant à la manufacture ou au commerce de la société, serait évidemment nulle, même à l'égard des acheteurs, qui n'ont jamais dû croire que les pouvoirs d'un gérant s'étendissent jusqu'à vendre le fonds de l'établissement. Ainsi, on peut croire avec fondement qu'un associé gérant pourrait, en cette qualité traiter d'un attermoiement ou donner des sûretés à des créanciers de la société; mais si la société était tombée en faillite déclarée, il est douteux que ce gérant pût seul stipuler valablement dans un concordat d'une manière qui obligeât les autres, puisque la faillite dissout la société. Du reste il ne pourrait, par voie volontaire, consentir une cession de tout l'actif social au profit des créanciers, car ce serait moins administrer qu'aliéner le fonds commun appartenant à tous les associés. A plus forte raison, ce gérant ne pourrait disposer, par donation, des choses qu'il a droit de vendre, parce que ses pouvoirs ne comprennent que ce qui est de la nature du contrat de société, contrat qui a pour but l'intérêt commun des associés, et ne permet pas à l'un de donner ce qu'il peut seulement vendre ou employer d'une manière profitable à tous.

Cette règle doit, au surplus, être sainement entendue. Il arrive souvent que, dans le commerce, il y a lieu d'accorder des gratifications à ceux qui ont rendu à la société des services plus ou moins appréciables : il arrive plus souvent encore que, dans la faillite d'un débiteur, il y a nécessité d'accorder des remises amiables; les gérants ne sont pas privés de cette faculté.

Il en est de même du droit de transiger sur des intérêts relatifs au commerce de la société, ou de s'en rapporter, sur des contestations de cette espèce, à la décision d'arbitres, et de les choisir. Le commerce présente un grand nombre de circonstances dans lesquelles il est de l'intérêt évident des parties de transiger; et l'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations, il est juste que les gérants de la société puissent y recourir.

Ainsi, les actes de cette espèce faits par les gérants, seraient obligatoires pour la société. Néanmoins, ces derniers agiraient avec sagesse, en s'autorisant alors plus particulièrement de l'assentiment des autres associés; mais cette précaution ne serait que dans leur intérêt et pour mettre leur responsabilité à couvert : ce qu'ils auraient fait sans cet assentiment n'en obligerait pas moins la société envers les tiers.

1015. L'associé gérant n'ayant ce droit d'obliger la société que par la qualité qui lui est déférée, il s'ensuit naturellement que la société n'est tenue, même envers les tiers, que de ce que le gérant a fait en cette qualité. Il est donc convenable qu'il la laisse connaître. Cependant s'il faisait des opérations dépendantes de la société, en son propre nom, et sans indiquer sa qualité, ceux qui auraient traité avec lui ne pourraient refuser d'exécuter leurs engagements envers la société qui offrirait, de son côté, de souscrire à tout ce qu'aurait promis le gérant. Il n'y aurait aucun motif légitime de ce refus, car l'engagement de ces tiers n'en est pas moins valable à l'égard de celui avec qui ils l'ont contracté, et, dans ce cas, la société exerce ses droits. Nous verrons plus bas l'effet, en faveur des tiers, des engagements qu'aurait souscrits un gérant sans employer le nom social.

Dans le cas où, soit l'acte de société, soit des conventions postérieures, confient la gestion à plusieurs des associés, il faut distinguer s'ils ont reçu le pouvoir d'agir séparément, ou s'ils ne le peuvent que collectivement. Dans le premier cas, chaque gérant

est suffisamment autorisé à négocier sans le concours des autres, encore bien qu'une même gestion leur soit confiée; dans le second, il faut qu'ils agissent concurremment : l'engagement isolé d'un seul n'obligerait pas la société. Il ne faudrait même pas conclure de ce que, dans les délibérations sociales, la majorité fait la loi à la minorité, que la majorité des gérants nommés pour agir ensemble pût obliger la société. Leur unanimité est une garantie de leur gestion, une condition du mandat qu'ils ont reçu. Les tiers ne pourraient exciper de leur bonne foi, dès que la clause de délégation des pouvoirs a été rendue publique.

1016. Un gérant ne peut rendre sa position plus favorable que celle des autres. Ainsi ses coassociés peuvent le contraindre à rapporter les bénéfices qu'il se serait appropriés dans les négociations qu'il aurait faites en son nom personnel, et le faire condamner à des dommages-intérêts, s'il y avait lieu; mais il n'y aurait pas de réciprocité en sa faveur, si l'affaire devenait désavantageuse, parce qu'il serait juste de punir sa mauvaise foi.

Il s'ensuit que s'il se trouvait être, pour son compte particulier, créancier d'une personne qui serait en même temps débitrice envers la société, ce qu'il recevrait du débiteur s'imputerait proportionnellement sur la créance de la société et sur la sienne; à moins que cette imputation n'eût été faite en totalité sur cette dernière, d'après les règles expliquées n° 218, ou, toutes choses égales, d'après la demande du débiteur. Il n'est, en effet, présumé avoir préféré son intérêt à celui de la société, que s'il a lui-même dirigé l'imputation.

Mais il n'y a pas lieu d'invoquer ce principe en sens inverse : le gérant qui, ayant droit d'imputer la somme par lui reçue, proportionnellement sur sa créance et sur celle de la société, l'aurait totalement imputée sur cette dernière, ne pourrait revenir sur ce point, parce que s'il ne lui est pas permis de faire sa condition meilleure, au préjudice de la société, il ne lui est pas défendu de préférer l'intérêt de celle-ci au sien propre.

Ces règles peuvent être étendues à tous les cas analogues. Ainsi, l'associé gérant ne doit s'approprier aucun des avantages, remises, réduction qu'il obtiendrait sur une vente ou sur toute autre opération. Par exemple, une société existe entre deux personnes dont l'une est chargée d'acheter des matières premières, et de vendre celles qui sont fabriquées; si cet associé, ayant en caisse des fonds provenant des ventes, achète les matières premières, moyennant le prix du cours, mais ensuite, anticipant le terme d'usage pour le paiement, obtient un escompte, il doit en faire profiter la société. Il ne serait même pas fondé à s'appliquer le profit de ces remises, sous prétexte que ce serait à sa considération particulière qu'elles auraient été accordées; il suffit que les affaires de la société en soient le principe, pour qu'il doive y faire participer ses coassociés.

Un associé gérant peut se livrer pour son compte à des opérations du même genre que celles qui constituent la société, si cela ne lui est interdit expressément, ou ne résulte de la nature de la société, ainsi que nous en avons donné un exemple n° 989. En général, pour décider équitablement les difficultés qui pourraient s'élever dans ce cas, une distinction paraîtrait assez convenable. Si la société a été formée pour le commerce en général ou pour une branche de commerce fort étendue, il est difficile d'interdire à un associé la faculté de faire pour son compte des opérations du même genre, à moins qu'il n'abuse de ce droit pour tromper ses coassociés. Si c'est un objet spécial d'industrie, l'interdiction peut être facilement présumée, lors même que l'acte social a gardé le silence.

Les circonstances doivent être singulièrement prises en considération. Par exemple, Pierre est gérant d'une manufacture qu'il tient en société avec Jacques et Paul, pour filer des cotons. Pierre a lui-même une filature particulière, la vente qu'il aurait faite de ses propres cotons, par préférence à ceux de la société, ne serait une infidélité qu'autant que sa conduite prouverait qu'il a détourné de leur dessein ceux qui lui ont proposé d'acheter les cotons appartenant à la société, ou qu'autant qu'il n'aurait pas fait ce à quoi tout commissionnaire est tenu en pareil cas, d'après ce qui est dit n° 570.

1017. L'associé gérant, s'il est constaté expressément ou si l'on peut présumer que les autres associés l'ont choisi par des raisons de confiance personnelle, ne peut se substituer personne, sans y être spécialement autorisé, ou sans une nécessité urgente. Hors ce cas, il répond de celui qu'il a mis à

sa place; et même comme il doit aux affaires de la société le même soin qu'aux siennes propres, cette responsabilité pourrait s'étendre au choix qu'il aurait fait ou de son remplaçant lorsqu'il a le droit d'en choisir un, ou de facteurs et préposés du commerce social, s'il y avait quelque imprudence dans ce choix.

Une conséquence de ces règles, est que tout gérant doit réparer le tort qu'il causerait à la société par sa faute, même par omission, si l'une ou l'autre sont telles que les individus d'une intelligence commune ne feraient rien de semblable dans leurs propres affaires. Il n'est même pas admis à opposer, en compensation, les profits plus considérables qu'il aurait procurés à la société dans d'autres circonstances, par les soins et le genre d'industrie qu'il est tenu de lui consacrer. En gérant bien, il n'a fait que ce qu'il devait; et l'observation de ses devoirs dans un cas, ne l'excuse pas de l'inobservation dans les autres.

1018. Les autres associés ne peuvent s'immiscer dans l'administration et par conséquent on ne pourrait leur appliquer ce que nous avons dit nº 1016, de l'obligation où est le gérant d'imputer proportionnellement sur la créance de la société et sur la sienne propre, ce que lui aurait payé un débiteur qui était redevable envers lui d'une somme exigible, et qui en devait aussi une à la société.

Ils conservent, comme inhérent à leur qualité, le droit de surveiller les gérants qu'ils ont nommés, quand même ils ne l'auraient pas stipulé expressément. Ils ont droit de vérifier si les registres sont tenus de la manière prescrite nºs 85 et suivants, et si les inventaires sont faits régulièrement et avec exactitude; puisque l'inobservation de ces dispositions a pour résultat, non-seulement de nuire à la société, mais encore d'en exposer les membres aux peines prononcées contre les banqueroutiers, dans le cas où quelques malheurs imprévus forceraient la société à faillir. Toutefois, leur insouciance sur ce point n'excuserait pas le gérant pour le mettre à l'abri des dommages-intérêts envers ses coassociés à qui nuirait ce défaut de livres ou leur tenue irrégulière, ou pour priver ces derniers du droit d'exiger les pièces justificatives de ses comptes, qu'il ne baserait pas sur des livres réguliers; à moins qu'ils n'eussent eux-mêmes concouru aux irrégularités.

Les comptes doivent être rendus périodiquement aux époques déterminées pas l'acte de société, ou, s'il ne statue rien à cet égard, à celles que les non-gérants peuvent exiger qu'on fixe par une délibération sociale.

Les autres associés ne peuvent s'opposer à ce que font les gérants; ils ont seulement la faculté de révoquer leurs pouvoirs. Mais par suite de ce que nous avons dit nº 979, si la délégation a été faite par l'acte même de société, elle est considérée comme une des conditons sans lesquelles la société n'eût pas été formée; et les pouvoirs ne peuvent être retirés aux associés gérants, que pour des causes dont la légitimité doit être jugée.

Il n'est pas néanmoins nécessaire que, dans ce cas, les associés qui révoquent le mandat du gérant forment une action contre lui, il suffit qu'ils lui signifient la délibération prise : s'il y acquiesce, elle s'exécute; et ce n'est qu'en cas de refus que l'on a besoin de faire prononcer les arbitres.

Si au contraire, la délégation de pouvoirs n'a été faite que postérieurement à l'acte de société, elle est révocable comme un mandat ordinaire, et les associés qui ont fait notifier leur délibération à celui qu'ils ont révoqué peuvent, s'il s'y refuse, s'emparer, sans autres formalités, des bureaux et papiers de la société, interdire à ce gérant révoqué toute connaissance des affaires, et donner à ceux qu'ils nomment à sa place, tous les pouvoirs nécessaires pour vaincre sa résistance.

§ II. *Du Concours de tous les associés à l'administration.*

1019. Lorsque des associés ont nommé des gérants, cette délégation de pouvoirs, pourvu qu'elle ait été rendue publique, exclut évidemment du droit d'administrer, ceux qui n'en ont pas été revêtus. Mais lorsque les associés n'ont fait aucune délégation, le bon sens ne permettant pas de croire qu'ils aient en la volonté de rester dans l'inaction, chacun d'eux est censé avoir été autorisé tacitement par les autres, à administrer. Néanmoins, un associé n'est pas tenu d'administrer seul, s'il ne s'y est obligé, et peut agir contre les autres pour que les mesures convenables soient prises.

Les pouvoirs que les associés sont présumés s'être donnés dans ce cas, consistent principalement à veiller à la conservation, au débit et à l'achat des marchandises; à

ordonner ou diriger les fabrications ou autres opérations dont se compose le commerce; à faire faire aux immeubles les travaux et les réparations que leur entretien exige. Les ouvriers employés, ou les personnes qui ont fourni des matières premières, par ordre d'un associé, peuvent exercer tous les droits qui en résultent contre la société; et celui qui aurait ordonné les dépenses, peut contraindre ses coassociés à les acquitter avec lui. En général, ces pouvoirs rentrent dans la nature de ceux des gérants, et ne comportent par une plus grande extension. Il est facile d'en conclure que, dans ce cas, un associé ne peut confier à un étranger la gestion d'aucune partie des intérêts sociaux.

1020. Il est juste, au surplus, qu'un associé n'abuse pas de son droit; et ce serait l'excéder que de faire des constructions, des changements ou des ouvrages autres que les réparations aux magasins et bâtiments de la société; ses coassociés pourraient le désavouer, si rien ne prouvait que leur silence a été une approbation tacite. Hors ce cas, ou même quand, par suite des principes que nous expliquerons n° 1024, ces associés seraient obligés, dans l'intérêt des tiers, ils auraient droit de prouver, contre leur coassocié, qu'il a outre-passé ses pouvoirs, et de le faire condamner, non-seulement à supporter seul les dépenses en tout ce qui excéderait la plus value, mais encore si elles étaient jugées nuisibles, à les payer en totalité, à démolir les ouvrages, et à indemniser la société du tort que lui cause cette construction.

Le droit de chaque associé va jusqu'à pouvoir se faire payer des débiteurs de la société; parce que, comme on l'a vu n° 181, un débiteur ne peut refuser de payer à l'un des créanciers solidaires, lorsqu'il n'a pas été prévenu par les poursuites ou l'opposition d'un autre.

1021. Par le seul fait de cette gestion, l'associé, quoique aucun pouvoir ne lui ait été donné expressément, est tenu des obligations que nous avons vu, dans le paragraphe précédent, être imposées aux gérants. Mais alors l'autorisation de gérer étant, en quelque sorte, précaire, chaque associé peut former opposition à l'opération projetée par l'autre.

Lorsqu'il s'agit de décider si un associé a pu faire une chose, sans égard à l'opposition de son coassocié, ou s'il a excédé les dorits de simple administration, dans certaines négociations qu'il a faites en l'absence et à l'insu de ses coassociés, c'est le vœu de la majorité qui doit décider si l'opposition est, ou non, conforme à l'intérêt commun, et même si l'on doit demander la nullité de l'engagement contre les tiers. La négociation dont le désaveu est jugé valable reste au compte de celui qui l'a faite, et si, par la chance des événements, elle était lucrative, il en conserverait seul le profit.

Ce que nous venons de dire relativement à des constructions, ou à toutes autres espèces de changements dans les immeubles, servirait à décider, par analogie, les questions relatives aux changements et aux innovations qu'un associé aurait apportées dans les affaires, le travail ou l'industrie de la société.

Tous ces actes de gestion ou d'administration que fait un associé, n'étant considérés que comme le résultat d'un mandat tacite, c'est la qualité d'administrateur présumé qui leur sert de fondement. Ainsi, pour juger s'ils sont valables en eux-mêmes, ce n'est pas par la capacité personnelle de cet associé, mais par celle de la société qu'il faut se décider, conformément à ce que nous avons dit n° 561.

C'est par les circonstances que l'on devrait décider comment s'applique la règle de droit commun, que chacun des associés peut se servir des choses appartenant à la société, sans être obligé de payer une rétribution. L'exercice d'une telle faculté a lieu rarement dans le commerce, où l'on suppose que tout est destiné, soit à donner des produits, soit à concourir aux travaux communs. On y présume facilement que l'usage fait par un associé, des choses communes, d'une manière profitable pour lui, n'a été accordé ou toléré par les autres, qu'à la condition sous-entendue qu'il paiera ce que des étrangers auraient pu payer.

Le fait que les autres associés n'ont pas voulu se servir de la chose commune, n'est pas toujours un motif en faveur de celui qui en a usé. Ainsi, nous avons vu, n° 621, que si un navire appartient à plusieurs personnes, l'un des propriétaires ne peut l'expédier à son profit, même au refus des autres, sans en payer le fret.

SECTION III.

Effets des engagements d'une société en nom collectif.

1022. Les associés en nom collectif sont obligés solidairement et indéfiniment à tous les engagements de la société, de quelque nature qu'ils soient, et quelque étendue qu'ils aient [1], sans que ceux qui n'auraient pas été gérants puissent se décharger de cette obligation, en abandonnant leur intérêt dans la société, comme nous avons vu, n° 663, que le pouvait l'armateur d'un navire, pour les faits du capitaine. Cette règle est tellement de l'essence des sociétés en nom collectif, qu'il ne nous paraît pas qu'une stipulation des parties, quoique rendue publique par insertion dans l'extrait affiché, pût affranchir les associés de cette solidarité envers les tiers.

1023. Mais pour bien connaître ce qu'on entend par engagements d'une société en nom collectif, il faut distinguer si les associés ont confié à quelques-uns d'entre eux la signature sociale, ou s'ils n'ont pas pris cette précaution.

Au premier cas, la société n'est obligée que par les gérants et par les préposés nommés par eux, dans les cas où ces préposés peuvent obliger leurs commettants, suivant les principes expliqués n° 561. La clause de l'acte social ou de la convention postérieure qui contient cette délégation, devant être affichée, les tiers qui traiteraient avec un associé non gérant, ne pourraient s'excuser sur leur ignorance ou sur leur bonne foi : la justice qui ne vient à leur secours que parce qu'ils peuvent être trompés, les abandonne quand ils ont agi volontairement et se sont trompés par leur imprudence. Il en serait de même, encore que la clause de délégation n'eût pas été rendue publique, si celui qui excipe, contre la société, des engagements contractés envers lui par un associé, avait connu l'acte qui interdit à cet associé le droit de gérer.

Quelles que soient les qualités que des associés, privés du droit de signer, aient prises, leurs engagements, même annoncés faits pour la société, n'auraient d'effet contre elle qu'autant qu'il serait démontré qu'elle en a profité ou qu'elle les a approuvés par son adhésion.

Mais aussi, tout ce que font les gérants ou les préposés, même leurs délits et quasi-délits, dans leur gestion et dans ce qui en dépend, oblige tous les associés, encore bien que quelques-uns aient manifesté de l'opposition à la conclusion de l'affaire, que cette opposition ait été connue de ceux qui ont traité, et qu'il n'en soit résulté aucun profit, ou même de la perte pour la société ; il suffit que l'on ne puisse prouver à ces tiers une complicité de fraude, et que le gérant ait agi au nom de la société et non pas au sien propre.

Ce que nous disons sur les gérants qui obligent la société doit être entendu dans le sens même de la délégation qu'ils ont reçue. Si donc il avait été stipulé dans une clause rendue publique qu'ils ne pourront engager la société que par le concours de tous les gérants, ou d'un certain nombre, cette clause nous paraîtrait obligatoire pour les tiers. Car comment savent-ils que tel individu a la signature sociale ? Par l'acte de société ; or, cet acte leur apprend à quelles conditions.

1024. Au second cas, c'est-à-dire lorsque les associés n'ont attribué à aucun d'eux en particulier le droit de signer les engagements de la société, ce que fait chaque associé les oblige tous, parce que tous se sont constitués mandataires les uns des autres, et qu'ils sont censés avoir annoncé au public que ce qui serait fait avec l'un d'eux serait censé l'être avec tous. Ainsi, dès qu'un associé, sans opposition des autres, dûment notifiée à celui avec qui il traitait, comme on a vu, n° 1021, qu'ils en avaient le droit, a emprunté une somme, peu importe au prêteur que cet associé l'ait versée dans la caisse de la société, ou qu'il l'ait appliquée à ses affaires particulières ; la société est toujours obligée. Nous avons vu, n° 1020, qu'il en est de même du paiement qu'un débiteur de la société ferait à cet associé. C'est aux autres à s'imputer de s'être donné un associé infidèle, de même qu'un commettant doit se reprocher l'abus de la confiance qu'il a donnée à son commis [2].

1025. Mais la société n'est obligée par les engagements des gérants ou de chaque associé, selon les distinctions ci-dessus, qu'autant qu'ils ont signé de la raison sociale. Il faut qu'un associé puisse contracter des en-

[1] Rejet, 30 août 1826.

[2] Cass., 28 germinal, an XIII. — Cass., 16 oct. 1806.

gagements individuels, sans que les autres se trouvent exposés à la responsabilité. C'est d'ailleurs la conséquence de ce que nous avons dit, nº 977, sur la raison sociale. Puisqu'elle est le véritable et le seul nom qui désigne la société et lui assure son individualité, il ne peut y avoir aucun motif fondé, pour considérer comme engagement à sa charge, celui qui ne porterait pas son nom, ou qui, étant signé d'un nom différent, déposerait par lui-même qu'il n'émane pas de la société. Cependant il ne faut pas s'en tenir à la lettre, et si un gérant signait comme chef d'une maison, il serait censé avoir contracté sous la raison sociale [1].

Il ne faudrait pas aussi conclure de ce qui vient d'être dit que, par cela seul qu'un engagement porterait le nom d'un seul associé, sans être fait sous la raison sociale, le créancier ne serait pas admis à prouver que cet engagement a été souscrit dans l'intérêt de la société, et qu'il en est devenu une affaire propre.

La règle ci-dessus est le résultat d'une présomption qui doit céder à l'évidence. La société doit être tenue des engagements, quoique non souscrits sous la raison sociale, s'ils manifestaient par eux-mêmes qu'ils l'ont été pour elle : tel serait un bail de quelques bâtiments employés à son commerce. Il n'est pas juste, dans ce cas, que, par défaut d'emploi du nom social, la société soit dégagée des obligations résultant d'une opération qui l'a véritablement intéressée [2] : elle n'est pas plus favorable que tout particulier, obligé, dans de semblables circonstances, à tenir les engagements d'une personne qui aurait agi pour lui sans mandat, dès qu'il aurait agréé l'affaire dont ces engagements sont la suite, ou même, quand il ne l'aurait pas agréée, si cette affaire avait été bien administrée, encore qu'un événement casuel et imprévu l'eût rendue plus onéreuse que profitable.

Dans ce cas seulement, le réclamant serait tenu de prouver que l'affaire concernait la la société [3], tandis que l'emploi de la raison sociale serait, en sa faveur, une présomption qui le dispenserait de toutes preuves, et qui rendrait même la preuve contraire inadmissible.

Les tribunaux seuls peuvent apprécier les circonstances. Il ne suffirait pas, par exemple, de prouver qu'une somme a été versée dans la société ; il faudrait justifier que ce versement a été pour le compte de la société, dans son intérêt, et non dans celui de l'associé signataire. Ainsi Pierre, associé, emprunte sous son nom seul, 10,000 francs, avec lesquels il paie le prix de cent tonneaux de vin entrés dans les magasins de la société : la société sera obligée. Mais Pierre, qui devait, en qualité d'associé, verser 10,000 francs pour sa mise, emprunte, sous son nom seul, cette somme, même après que la société est commencée, et la verse dans la caisse commune ; quoique la société ait reçu cette somme, ce n'est point pour elle que l'emprunt a été fait, c'est Pierre qui a emprunté en son nom propre, et qui, avec l'argent ainsi emprunté, a payé la dette de sa mise.

1026. Après avoir déterminé quels sont les engagements qui peuvent être mis à la charge d'une société, il nous reste à faire connaître comment les créanciers peuvent agir contre chacun des associés individuellement.

C'est en conciliant plusieurs des principes que nous avons déjà exposés, qu'on peut déterminer la nature et l'étendue de ces droits.

Les associés sont solidaires, et par conséquent le créancier peut, conformément à ce que nous avons dit nº 182, poursuivre celui des associés qu'il juge à propos, abandonner cette poursuite pour la diriger contre un autre, revenir à celui qu'il a abandonné, et ainsi de suite. Il peut aussi, en faisant remise à l'un des associés de sa part seule, le décharger de la solidarité, pourvu qu'il ne demande aux autres que ce qui reste dû, déduction faite de cette part [4]; sans préjudice des recours de ces mêmes associés contre celui qui a obtenu la remise, si, par suite des principes qui seront expliqués au titre quatrième, cet associé devait être considéré, à l'égard de la société, comme tenu de la totalité de la dette.

Mais les associés ne sont solidaires que pour les engagements de la société ; un créancier ne peut donc, à son gré, sans avoir

1 Rejet, 23 avril 1816. Dalloz, t. 4, p. 402. Sirey, t. 16, p. 275.

2 Rejet, 13 fructidor an XI. — Rejet, 23 frimaire an XIII. — Rejet, 30 juill. 1810.

3 Rejet, 28 août 1828. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 38.

4 Rejet, 8 août 1820.

dirigé aucune action contre la société, poursuivre un associé pour le paiement d'une dette ou pour l'exécution d'un engagement social, comme si cet associé l'eût contracté directement et pour son propre compte; nous en avons donné les motifs n° 976. La qualité des associés, dans ce cas, n'est pas précisément celle de simples codébiteurs; elle tient beaucoup plus du cautionnement; et s'il n'est pas exact de dire que le créancier est tenu de discuter la société, avant de poursuivre les associés isolément, au moins est-il sûr qu'il ne peut agir contre eux lorsqu'il a fait juger la vérité et la quotité de la dette contre la société. Ainsi, la demande doit être intentée contre la société, et portée au tribunal dans l'arrondissement duquel est le siége de ses opérations, à moins que des règles particulières de compétence ne permettent d'assigner devant d'autres juges; et ce n'est qu'après que la condamnation a été prononcée, que le créancier peut, en vertu du jugement, agir contre chacun des membres de la société, pour les contraindre, dans leurs personnes et leurs biens, à l'exécution des engagements. Nous expliquerons, n° 1090, quelle est la durée des actions des créanciers contre les associés.

CHAPITRE II.

De la Société en commandite.

1027. La société en commandite est celle qui existe entre les associés, dont l'un ou plusieurs qu'on appelle *complimentaires*, ou plus habituellement *commandités*, sont tenus indéfiniment et solidairement de tous les engagements, comme nous l'avons vu n° 1026, et les autres, qu'on nomme *commanditaires*, le sont seulement jusqu'à concurrence de la mise qu'ils ont versée ou promis de verser dans la caisse sociale. L'acte peut être rédigé devant notaire, ou sous signature privée; dans ce dernier cas il doit en être fait autant d'originaux qu'il y a de parties intéressées; mais il suffit d'un seul original pour tous les commanditaires, quel que soit leur nombre. Lorsqu'il y a plusieurs commandités, la société est, à leur égard, en nom collectif.

Les principes généraux que nous avons fait connaître dans le titre précédent, sont modifiés par ce que nous allons dire dans deux sections : 1° sur les principes particuliers aux sociétés en commandite; 2° sur l'effet des engagements de ces sociétés.

SECTION PREMIÈRE.

Principes particuliers aux sociétés en commandite.

1028. La société en commandite, étant une exception au droit commun, doit être clairement établie; on ne la suppose pas. Ainsi, la détermination à une somme précise de la mise de chaque associé, la gestion confiée à un ou plusieurs d'entre eux exclusivement aux autres, ne suffiraient pas pour faire présumer qu'on ait voulu former une société en commandite. De ce qu'il est de l'essence de cette société, comme nous le verrons n° 1030, que le commanditaire ne prenne aucune part à la gestion, ce n'est pas une raison pour donner cette qualification et les effets qui en résultent, à une société dans laquelle la gestion serait confiée à un ou plusieurs associés, à l'exclusion des autres; car nous avons vu, n° 1013, qu'il pouvait en être ainsi dans les sociétés en nom collectif. De ce qu'il est encore de l'essence de cette société, que les risques du commanditaire soient limités à sa mise [1], ce n'est pas un motif pour déclarer commandite, la société dans laquelle un associé aurait ainsi limité ses risques, comme nous avons vu, n° 997, que cela était possible; parce que cette clause pourrait avoir des effets légitimes entre les associés, sans préjudicier aux droits des tiers, de poursuivre solidairement tous les membres de la société.

Il faut, pour qu'une société soit vraiment en commandite, que, par l'acte qui l'établit, il soit convenu que *tels* ou *tels* associés seront exclus de l'administration, et obligés seulement jusqu'à concurrence des fonds qu'ils ont dû y verser. Cette double stipulation caractéristique, n'a pas, il est vrai, besoin d'être conçue en termes exprès; ainsi elle serait de plein droit sous-entendue dans un acte portant, sans autre explication, que *tels* et *tels* sont commanditaires, ce mot évitant la périphrase que, sans cela, il faudrait employer.

[1] Cass., 28 mai 1826.

Il faut encore qu'aucune stipulation de l'acte de société ou des actes postérieurs, ne rende cette clause illusoire : car vainement celui qui forme une société avec la clause, par exemple, qu'il administrera, déclarerait-il qu'il ne veut être que commanditaire, ses déclarations, ses réserves ou protestations seraient démenties par la nature de l'acte souscrit [1], conformément aux principes expliqués n° 191.

Ce n'est pas la dénomination donnée aux actes, mais leur substance qu'il faut considérer ; et il est de l'essence de la société en commandite, que ceux qui l'administrent ne jouissent pas du privilége de limiter leurs risques à leur mise. Ce caractère appartient à une autre espèce de société, nommée société *anonyme*, dont nous parlerons dans le chapitre suivant, et qui, par ce motif, est assujettie à des conditions particulières.

Il n'existe qu'une seule modification à ce principe, en faveur des sociétés pour la course maritime, conformément à l'art. 1er de l'acte du gouvernement du 21 mai 1803 (2 prairial an XI) ; tous les associés y sont commanditaires, et leurs obligations sont limitées à leur mise, sans que celui ou ceux qui se mêleraient de l'armement, direction ou administration, soient indéfiniment responsables.

Les tribunaux doivent apporter la plus grande attention dans l'application de ces règles. Il est important que le droit qu'ont les parties de varier leurs stipulations au gré de leurs intérêts ne dégénère pas en moyens de tromper. Par conséquent, on doit proscrire ces clauses équivoques, à l'aide desquelles un associé s'assurerait la chance d'être, suivant son intérêt et les circonstances, membre d'une société en nom collectif, ou d'une société en commandite ; et ces conventions qui, tout en qualifiant un associé de commanditaire, lui attribueraient des droits que peut seul exercer un associé en nom collectif [2]. Ainsi, la clause dont nous avons parlé n° 983, par laquelle un associé commanditaire aurait stipulé qu'après la première année il sera libre de se retirer et de reprendre sa mise en simple qualité de prêteur ne serait valable contre les tiers, qu'autant qu'elle aurait été insérée dans l'extrait, rendu public, suivant la forme indiquée n° 1006.

Les termes des actes doivent être appréciés, parce qu'il est impossible de prévoir tous les cas, et que la question sera plutôt de fait que de droit [3].

1029. On a vu, n° 1027, que les conditions d'une société en commandite peuvent être rédigées, ou devant notaire, ou sous signature privée, comme celles d'une société en nom collectif. L'acte doit être rendu public par extrait ; cet extrait doit faire connaître que, parmi les associés, il y a *tant* de commanditaires, mais sans qu'on soit obligé d'indiquer leurs noms : seulement, il faut exactement énoncer en quelles sommes, ou en quels objets consiste leur mise, et si elle a été fournie ou si elle reste à fournir. L'importance de cette énonciation est très-grande; elle seule peut apprendre aux tiers qui traiteront avec la société, qu'outre la solvabilité personnelle et indéfinie des associés responsables et solidaires, le capital de la société est composé de *telles* sommes ou valeurs, dont les créanciers pourront demander le paiement au commanditaire, s'il ne justifie pas les avoir versées dans la caisse sociale ; ou dont il faut que les associés solidaires rendent compte, si le commanditaire prouve qu'il a effectué son versement. Une énonciation dont la fausseté serait prouvée, deviendrait une escroquerie digne des châtiments prononcés par les lois pénales.

1030. Non-seulement l'associé commanditaire doit tenir cette qualité de la nature même ou des termes de la convention, mais il doit encore la conserver sans y déroger : ainsi il ne peut se permettre, par lui-même ou par un représentant dont il serait responsable, aucun acte de gestion, ni être employé pour les affaires de la société, même en vertu de procuration. Autrement il est censé renoncer à sa qualité de commanditaire, et par conséquent à l'avantage de n'être obligé envers les créanciers que jusqu'à concurrence de sa mise.

Cette règle est tellement sans exception, que nous ne croyons pas que des facteurs ou commis de commerçants puissent être admis à entrer dans le commerce de leurs maîtres, en qualité de commanditaires, soit en y versant leurs propres fonds, soit en faisant considérer leur travail comme une mise

[1] Rejet, 17 germinal an XI.
[2] Rejet, 27 floréal an XIII.
[3] Rejet, 2 fév. 1808 Dalloz, t. 25, p. 352.

évaluée déterminément. Cela n'a rien de contradictoire avec ce que nous avons dit n° 984, qu'un associé pouvait payer sa mise par son travail, lorsqu'on en était convenu. Ce principe, comme la plupart de ceux qui dérivent du droit commun, est sujet à des modifications ou à des exceptions que la crainte des abus commande nécessairement ici. Le commis faisant tout ou partie des affaires de la société, vendant ou achetant pour elle, peut bien être associé en nom collectif avec ses commettants, soit pour les fonds qu'il verserait, soit pour la somme à laquelle on aurait évalué son travail et son industrie, parce que, donner des soins aux affaires, à l'administration d'une société, n'est point, en général, incompatible avec la qualité d'associé; mais ces soins, cette administration étant incompatibles avec l'engagement limité d'un commanditaire, le commis ne peut être associé en cette qualité.

Néanmoins, la mise d'un commanditaire pourrait consister en objets industriels tels qu'un secret d'arts ou de chimie, dont l'emploi n'a rien de commun avec une gestion; mais si l'exécution des moyens propres à utiliser ce secret exigeait du commanditaire qu'il s'immisce dans la gestion, la même prohibition s'y étendrait.

Cette prohibition ne s'applique pas aux transactions commerciales qui interviendraient entre le commanditaire, en son propre et privé nom, et la société agissant par les associés indéfiniment responsables.

Ainsi, Pierre, commerçant, est associé commanditaire dans une société dont Jacques et Paul sont associés responsables et solidaires. Ces deux associés, qui ont seuls droits de gérer et d'administrer, trouvant avantageux de traiter de quelques parties de marchandises appartenant à Pierre, les achètent. Cette opération n'est point considérée, de la part de Pierre, comme une dérogation à sa qualité; et en effet, il n'y a rien là qui soit relatif à la gestion de la société. Cette société a traité avec tout autre commerçant, leurs rapports ont conservé toute leur indépendance. Il en serait de même si Pierre recevait, à titre de commission, des ordres des associés gérants, pour vendre les marchandises de la société, acheter pour elle, négocier les effets et autres papiers de crédit. Il n'est pas alors ce qu'on appelle un commis, un préposé, mais bien un commissionnaire; et nous avons vu, n° 563, en quoi consistait la différence.

C'est la décision formelle d'un avis du conseil d'État, approuvé le 17 mai 1809, et la conséquence des principes que nous avons expliqués n° 975.

On peut, à l'aide de ces principes, décider que le commanditaire d'une société d'assurance ne pourrait en être l'agent dans un port. En concluant et en signant les polices au nom de la société, il est véritablement son mandataire : il la représente directement; en un mot, il n'exerce pas une commission, mais une simple préposition.

1031. Le motif des restrictions que nous venons d'indiquer apprend assez qu'on n'interdit au commanditaire que les actes de gestion, et non le concours aux délibérations de la société qui règlent ou assurent la forme des comptes et de leur reddition, le partage des dividendes, la nécessité d'appels de fonds, etc.; même à celles qui auraient pour but, ou d'en approuver les opérations, ou d'en autoriser les engagements; de sorte que sous ce rapport, le commanditaire a intérêt et droit d'y concourir. Il a encore évidemment le droit d'empêcher que les commandités ne se livrent à des opérations que l'acte de société aurait interdites, et celui de s'assurer si les statuts n'ont pas été violés, si les commandités sont, ou non, fidèles à leurs engagements. Ce droit résulte de la nature des choses : car la société en commandite ne diffère de la société ordinaire que dans un seul point, la limitation des obligations des commanditaires envers les créanciers; quant aux individus qui la composent, les relations sociales n'en subsistent pas moins entre eux. Les commanditaires ne sont pas de simples prêteurs de fonds, ils sont des associés. De ce que la société en commandite a, vis-à-vis des tiers, des effets différents de la société en nom collectif, elle n'en est pas moins une société; et si l'on en excepte tout ce qui peut induire ces tiers en erreur, elle doit créer, entre les associés, les mêmes obligations, les mêmes droits que comporte ce genre de convention; car si le fonds social périt, les commanditaires courent le risque de perdre leurs capitaux, sans avoir d'action contre leurs coassociés. Tout ce qu'il faut c'est qu'un commanditaire n'agisse et ne traite jamais comme associé, avec les tiers; que ceux-ci

ne soient pas fondés à induire de sa conduite, qu'il était gérant de la société ; qu'en un mot, le droit d'agir pour la société n'appartienne qu'aux associés responsables et solidaires, sauf les droits des commanditaires contre eux, s'ils avaient enfreint quelques conditions particulières de leur association.

Ce qui doit servir aux tribunaux, dans l'appréciation des faits et des circonstances, qui leur appartient [1], à distinguer ce cas de celui d'un concours à l'administration, qui est la seule chose interdite, c'est que les délibérations ne forment de lien qu'entre le commandité et le commanditaire; qu'elles n'empêchent pas le commandité d'agir avec les tiers, d'une manière opposée à ces délibérations, et d'obliger valablement la société; qu'enfin, un commanditaire ne serait pas recevable à attaquer les conventions du commandité avec des tiers, sur le fondement qu'elles seraient contraires aux délibérations antérieures, sauf son action en dommages-intérêts contre son associé.

Les tiers ne pourraient, dans tous ces cas, dire qu'ils ont eu sujet de croire que le commanditaire administrait; tandis qu'il en serait autrement si le commanditaire intervenait dans les conventions passées entre eux et la société : car alors il aurait, comme on l'a vu n° 1028, changé sa qualité et perdu les avantages d'une responsabilité limitée à sa mise.

1032. Par suite de ce que nous venons de dire, le nom d'un commanditaire ne peut faire partie de la raison sociale; autrement le public serait trompé par l'opinion que cet associé dont il verrait le nom employé dans les engagements sociaux, répond indéfiniment; et il pourrait, dans cette fausse croyance, accorder à la société un crédit qu'il ne donnerait pas aux seuls commandités.

Lorsque la société en commandite n'existe qu'entre deux personnes, par exemple, entre Pierre, commandité, et Jean, commanditaire, la convention que la raison sociale sera composée des mots, *Pierre et compagnie*, ne fait point entrer implicitement le nom de Jean dans la raison sociale, et ne l'expose point aux obligations d'une société en nom collectif. La raison sociale, *Pierre et compagnie*, a pour objet d'apprendre que Pierre n'est pas seul, qu'il est en société; mais elle n'exclut pas la possibilité d'une commandite dont le contrat affiché annonce à la fois l'existence et la raison sociale. Le public ne peut être trompé. Si celui qui signe ainsi ne justifie pas qu'il ait un associé, il sera poursuivi comme coupable d'escroquerie; si l'acte de société est affiché, chacun peut en consulter les conditions; s'il ne l'est pas, le tiers qui prouve l'association peut la faire considérer comme collective.

On a vu, du reste, n° 1027, que s'il y a plusieurs associés solidaires et en nom, la société a, à leur égard, les caractères d'une société collective. Ainsi leurs noms peuvent faire partie de la raison sociale.

Il résulte de ce qui vient d'être dit, que les commandités, quoique libres de traiter avec les tiers sans le concours des commanditaires, n'en sont pas moins responsables envers ces derniers. Sous ce rapport, c'est le cas d'appliquer les règles établies n°s 1013 et suivants. Mais leur intérêt à bien administrer étant évident, puisque leur obligation aux engagements sociaux est indéfinie, ils sont, en général, réputés avoir agi de bonne foi; s'ils se trompent, il est juste de ne leur imputer que le dol prouvé, ou des fautes si graves, qu'on puisse les considérer comme un dol; et le silence gardé par les commanditaires, quand la gestion leur a été exposée, en devient l'approbation.

Cette qualité de mandataires des associés bailleurs de fonds, que nous venons de reconnaître dans les commandités, peut servir à résoudre quelques difficultés dans les cas où l'un d'eux, lorsqu'ils sont plusieurs, voudrait se retirer, et que les bailleurs de fonds croiraient avoir intérêt à s'y opposer; nous en parlerons n° 1069.

1033. Ce que nous avons dit, n° 973, sur l'interdiction du droit de céder son intérêt dans une société, et de se substituer quelqu'un sans le consentement des autres associés, est applicable, même aux commanditaires. Mais nous avons ajouté que cette faculté pouvait être exercée quand le capital de la société a été divisé en actions. Ce mode de former une commandite entraîne deux conséquences : la première, que la mise représentée par l'action est réputée avoir été versée dans la caisse sociale, s'il ne résulte rien de contraire des statuts ou des conventions sociales; la seconde, que les cessionnaires ou héritiers les placent de droit dans la société.

[1] Rejet, 13 nov. 1821.

Du reste cette faculté de diviser le capital par actions, ne va pas jusqu'à déroger aux règles que nous avons expliquées ci-dessus; ainsi, il est indispensable que parmi les actionnaires il y en ait qui soient associés responsables et solidaires, dont les actions ne puissent être cédées que sous la modification indiquée n° 1011; sans cela on pourrait cacher, sous le nom de commandite, une société anonyme, pour se dispenser de remplir les formalités dont nous parlerons dans le chapitre suivant, ou pour faire échapper le commanditaire qui aurait géré, aux obligations qu'entraîne cet acte de sa part.

Nous sommes portés à conclure que la faculté de diviser la commandite en actions, ne pourrait aller jusqu'à permettre de créer ces actions au porteur, puisque les personnes à qui elles appartiendraient pourraient être employées comme mandataires de la société, sans que les tiers pussent prouver, contre elles, qu'elles étaient en même temps commanditaires, et leur appliquer le principe de responsabilité indéfinie.

On ne jugera donc pas la nature de la société par sa qualification; on s'attachera à la substance de l'acte. S'il en résulte qu'une société, annoncée comme en commandite, ait tous les caractères d'une société anonyme, elle perdra les avantages de la commandite; et cependant, comme on n'aura pas fait ce qui est nécessaire pour qu'elle soit société anonyme, elle pourra être jugée société en nom collectif.

SECTION II.

Des Effets des engagements d'une société en commandite.

1034. L'associé commanditaire n'est tenu, comme nous l'avons vu n° 1027, que jusqu'à concurrence de sa mise. S'il ne justifie pas qu'il l'ait versée, les créanciers de la société peuvent le poursuivre directement jusqu'à son entier versement; il ne serait pas fondé à opposer à leur demande la compensation de créances qu'il aurait, depuis la formation de la société, acquises contre le gérant, ni, s'il n'a pas versé sa mise, à répondre aux créanciers qu'il ne les connaît pas, et qu'il n'est obligé qu'envers ce coassocié.

Dans cette espèce de société, les commandités et les commanditaires sont tous obligés au paiement des dettes, avec la seule différence que les premiers le sont indéfiniment, et les autres jusqu'à concurrence de leurs mises. Si ces derniers ne paraissent pas dans les négociations qui intéressent la société, ils contractent néanmoins avec les créanciers, par le ministère des commandités à qui ils ont abandonné la gestion exclusive; ils ne peuvent repousser la demande des créanciers qu'en prouvant qu'ils ont versé leur mise entre les mains des associés responsables et solidaires. Ces mises ont dû former des articles de l'actif social, dont les commandités doivent prouver l'emploi, sous les peines portées contre les débiteurs qui, ne satisfaisant pas leurs créanciers, ne justifient pas l'emploi de toutes leurs recettes.

Il n'en faut pas conclure que les condamnations prononcées contre la société donneraient le droit de faire immédiatement saisir le commanditaire, et de prendre inscription sur ses immeubles. Le créancier a seulement une action dont, à la vérité, le commanditaire ne peut plus contester le fondement ni la quotité, mais qui doit, comme toute autre action, être intentée devant les tribunaux, quand il s'agit d'obtenir une condamnation directe contre lui.

Mais, le commanditaire n'aurait-il pas le droit d'exiger que le créancier commence par discuter l'associé responsable, et ne soit admis à le poursuivre qu'après cette discussion? Nous ne le pensons pas, bien entendu, dans l'hypothèse où il n'aurait pas versé sa mise; car s'il l'a versée, la preuve qu'il fait de ce versement le libère. En effet, s'il n'a pas versé sa mise, il en est débiteur; il est tenu des dettes jusqu'à concurrence de cette mise; cette obligation est le résultat de l'acte social, qui, par sa publicité, forme contre lui un titre au profit des tiers, envers lesquels il a été engagé par le gérant son mandataire. On verra, toutefois, n° 1090, que les créanciers ne peuvent exercer ces actions que dans les cinq ans qui suivent la dissolution de la société.

1035. C'est par les circonstances, bien plus que par une règle absolue, qu'on pourrait décider si un commanditaire qui, après avoir versé sa mise dans la caisse sociale,

aurait, pendant les premières années, reçu quelques sommes à titre de dividende, pour les bénéfices, serait obligé de les rapporter, ou pourrait les conserver, à la seule charge de tenir compte aux créanciers de sa mise, qui a toujours dû rester dans la société.

On peut dire, avec quelque apparence de fondement, que les bénéfices passés sont réputés consommés; que décider autrement, ce serait changer la condition du commanditaire, qui consiste essentiellement à ne pouvoir perdre au-delà des fonds qu'il a mis en société [1].

Mais ces raisons ne sont pas sans réplique. L'effet de l'obligation du commanditaire étant qu'il soit tenu de sacrifier sa mise, lorsque la société éprouve des pertes, sans pouvoir, ni entrer en concurrence, pour la répétition de cette mise, avec les créanciers de la société, ni rien prétendre contre les associés responsables, en qualité de leur créancier, il paraît juste qu'il ne conserve rien de ce qu'il aurait pu recevoir de la société en cette qualité.

De nombreux abus pourraient d'ailleurs en résulter : lorsqu'une société fait son inventaire, et qu'elle se trouve avoir des bénéfices, tous les associés, sans distinction, en touchent souvent une partie sur les deniers qui sont en caisse, quoique ces bénéfices ne soient qu'éventuels et présumés, parce qu'ils reposent sur la supposition de la solidité et de la fixité des valeurs portées dans l'actif de l'inventaire, qu'une multitude d'événements ou d'acidents postérieurs peuvent détruire ou diminuer. Il peut aussi arriver qu'en formant l'actif, on y comprenne des créances douteuses, des bénéfices momentanés que l'instant d'après fera évanouir. Des répartitions fondées sur de telles bases pourraient faire rentrer, entre les mains du commanditaire, autant et plus qu'il n'a versé pour sa mise, et lui laisser la chance de gains futurs, sans risques d'aucune perte.

C'est donc d'après les circonstances, les clauses rendues publiques, et la bonne foi des opérations, que les tribunaux pourraient se décider dans une question si délicate.

1036. Les obligations du commanditaire envers les créanciers de la société ne s'étendent pas au delà de sa mise et des rapports dont il pourrait être tenu : si, indépendamment de cette mise, il avait avancé ou prêté à la société d'autres fonds, sans qu'il eût été convenu qu'ils formeraient une addition d'apport, il a, pour le paiement de ces avances ou prêts, les mêmes actions, les mêmes droits que tous autres créanciers.

Il peut se présenter quelques difficultés dans les cas où un commanditaire aurait versé dans la société, des sommes à titre de compte courant *obligé*, ainsi qu'on l'a vu n° 985. Il arrive souvent que le motif secret d'une pareille obligation est de déguiser, sous le nom de prêt, une portion de la mise pour en faciliter la reprise au préjudice des créanciers; car un prêt est essentiellement libre, et toutes les fois qu'il s'y joint quelque chose de forcé, il n'est plus qu'une obligation, une condition de la société, et par conséquent une mise. Cependant, si les parties avaient formellement stipulé, dans l'acte de société, que le commanditaire pourrait réclamer la somme ainsi versée, à titre de créance; si elle formait une masse distincte, impossible à confondre avec le capital en commandite, et surtout si la publicité donnée à l'acte de société en avait offert la mention expresse, comme les tiers ne pourraient prétendre ignorer la stipulation, et qu'ils auraient connu jusqu'où s'étendait la responsabilité du commanditaire, et là où elle s'arrêtait, on devrait traiter ce dernier avec moins de rigueur.

1037. Le commanditaire qui fait des actes de gestion, se soumettant à la solidarité indéfinie pour toutes les dettes de la société, les créanciers peuvent, après avoir fait juger ce point contre lui, le poursuivre de la même manière que s'il avait contracté un cautionnement solidaire en faveur de la société.

S'il y a contestation sur le fait de la gestion, on peut le prouver par témoins. Une telle preuve, dans ce cas, ne serait pas contre le contenu de l'acte, puisque le fait qui a changé la qualité de cet associé est postérieur. Il en serait autrement si l'on voulait prouver qu'il a été convenu, lors de l'acte, qu'un associé qui n'y a paru que comme commanditaire, et n'a pas dérogé à cette qualité, devait cependant être responsable et solidaire; ce serait alors, vouloir prouver directement le contraire de ce qui est énoncé dans la convention.

Mais lorsque les créanciers sont parvenus à faire cette preuve contre le commandi-

[1] Cass, 14 fév. 1810. Dalloz, t. 25, p. 355.

taire, faut-il en conclure que la qualité de commerçant doive lui être attribuée avec toutes les conséquences qui en résultent, suivant les principes que nous avons expliqués nos 77 et suivants; et que tous les effets de la convention par laquelle il a été constitué associé commanditaire, soient anéantis, en ce qui concerne ses rapports avec les commandités?

Une hypothèse va faire ressortir la question, et facilitera l'application des principes à l'aide desquels nous allons essayer de la résoudre.

Pierre, commerçant, a établi une manufacture; Jacques, simple propriétaire ou magistrat, s'associe avec lui en commandite, et fait une mise de 50,000 francs. Au lieu de se renfermer dans les seuls droits qui appartiennent aux commanditaires, Jacques fait un ou quelques actes d'administration. Pierre tombe en faillite; ses créanciers découvrant que Jacques a fait des actes interdits aux commanditaires, le font condamner à payer la totalité des dettes sociales. Ces condamnations excédant sa fortune, ils veulent aussi le faire considérer comme failli : ils prétendent que la société a changé de caractère, qu'elle est devenue société en nom collectif; que cette société se composant d'actes de commerce, les deux associés ont été commerçants, et que c'est d'après cette qualification que Jacques doit être jugé; qu'il faut par conséquent lui appliquer les règles sur les faillites, différentes, comme on le verra dans la sixième partie, de celles qui règlent l'état des non-commerçants insolvables.

Cette prétention ne nous semblerait pas fondée. Sans doute les transactions que Jacques aura faites au nom de la société seront actes de commerce, suivant les principes que nous avons donnés nos 4 et suiv.; mais ce ne sera qu'un ou quelques faits isolés, qui ne le constitueront pas commerçant.

Ce point est d'une grande importance. Jacques n'a probablement jamais songé à remplir les obligations spéciales que nous avons vues, nos 82 et suiv., être imposées aux commerçants, telles que tenue de livres, publicité des contrats de mariage, etc. Ses créanciers particuliers, sa femme, n'ont pas dû davantage le considérer comme commerçant. Ce serait donc tromper la foi publique, que de leur faire subir l'application des dispositions que nous verrons être spéciales aux créanciers et aux femmes des commerçants en faillite.

Les créanciers de la société n'y ont aucun intérêt. La seule différence qui existe entre le cas où le commanditaire n'a point géré, et celui où il a géré, consiste en ce que, dans le premier, ils ne peuvent pas lui demander plus que sa mise, quelque considérables que soient les dettes; dans le second, qu'ils peuvent exiger la totalité des dettes, quelque supérieures qu'elles soient à sa mise. Or, pourrait-on dire, dans le premier cas, que si un commanditaire devant encore à la société tout ou partie de sa mise, se trouvait hors d'état de la payer, les créanciers pourraient le faire déclarer en faillite, sous prétexte que son engagement est relatif à la société de commerce? Cependant, quelle autre différence y a-t-il entre l'un et l'autre cas, sinon que, dans le premier, l'obligation du commanditaire est limitée, et que, dans le second, elle est indéfinie?

1038. De quelque manière qu'on décide la première question qui concerne les créanciers de la société, contre Jacques, commanditaire, il reste à examiner la seconde. Jacques peut être solvable, et, pour éviter les poursuites des créanciers, payer l'intégralité des dettes sociales montant, par exemple, à 200,000 fr., quoique sa mise ne soit que de 50,000 fr. Aura-t-il droit d'agir contre Pierre, pour les 150,000 fr. excédant; ou bien la masse des créanciers personnels de Pierre sera-t-elle fondée à lui opposer qu'il n'a jamais été commanditaire, mais associé solidaire; qu'il doit supporter la moitié des dettes sociales, et par conséquent qu'il n'a de recours que pour 100,000 fr.?

Pour résoudre cette difficulté, il suffit de voir dans quel intérêt a été établi le principe qu'un associé commanditaire qui ferait un acte de gestion s'obligerait solidairement à tous les engagements de la société. Il est constant que ce n'est que dans l'intérêt des créanciers. C'est en quelque sorte une peine prononcée en leur faveur, contre la tentative qu'on présume avoir été faite pour les tromper. Or, les dommages-intérêts ne doivent profiter qu'à ceux en faveur desquels ils sont prononcés. Donner à l'associé du commanditaire, droit d'exciper de la peine prononcée contre ce dernier, en faveur des créanciers sociaux, ce serait lui accorder des dommages-intérêts pour une action qui n'a pu lui nuire, qui d'ailleurs n'a pu avoir lieu que de son consentement, et dont il serait complice si elle était blâmable. Les

associés sont présumés avoir voulu, dans ce cas, former une société dans laquelle un ou plusieurs ne seraient tenus des dettes que jusqu'à concurrence de leurs mises, ce que nous avons vu, nº 997, être permis et valable, sans aucune restriction, entre les associés.

Nous ne saurions donc hésiter à croire que, dans l'hypothèse présentée, le commanditaire, dont la mise était de 50,000 fr., qui, par les poursuites exercées contre lui de la part des créanciers, a été obligé de leur payer les 200,000 francs, somme à laquelle s'élevaient toutes les dettes sociales, aura contre le commandité une créance de 150,000 fr. En payant cette somme, il n'a pas payé sa propre dette, mais une dette dont il était caution solidaire; il est subrogé légalement aux droits des créanciers, pour les exercer dans la faillite de son associé, sauf à cette faillite à faire valoir contre lui ses exceptions pour les comptes qu'il aurait à rendre de sa gestion, ou les torts qu'il aurait causés à la société.

CHAPITRE III.

Des Sociétés anonymes.

1039. L'avantage de faciliter la réunion d'un grand nombre de petits capitaux, qui ne pourraient être employés isolément à aucune opération utile, pour en former des masses qui servent à créer ou à soutenir des établissements de commerce, ou de vastes opérations dont les avances sont au-dessus des moyens d'un seul individu, et de procurer, comme dans la société en commandite, un moyen de placement à ceux qui veulent prendre intérêt dans des entreprises, sans s'exposer à une responsabilité indéfinie, a produit les sociétés *anonymes*.

Cette qualification ne résulte pas de ce que leurs opérations doivent rester secrètes, mais de ce que ce sont plutôt des sociétés de capitaux que des sociétés de personnes; de ce qu'à la différence des autres, la garantie ne reposant sur le crédit ou la solvabilité personnelle d'aucun associé, la société anonyme ne peut avoir de raison sociale, et n'est désignée que par l'objet de son commerce ou de son entreprise.

Ces espèces de société prennent une qualification différente, à raison de leur importance. On appelle plus particulièrement *compagnies*, les grandes réunions d'associés qui se proposent une entreprise considérable; et le nom de *société anonyme* désigne des réunions moins nombreuses et moins importantes.

Nous allons examiner, dans trois sections, ce qui concerne la formaiton de ces sociétés, leur administration, et les rapports qu'elles établissent entre les associés.

SECTION PREMIÈRE.

De la Formation des sociétés anonymes.

1040. Ce qui distingue les sociétés anonymes, des autres espèces de sociétés, c'est qu'il n'est pas nécessaire qu'il y ait d'associés tenus indéfiniment de toutes les dettes sociales, et que les engagements sociaux ne produisent point de solidarité entre les associés. Chacun d'eux, même lorsqu'il se mêle des affaires communes, qu'il gère ou administre, ne peut perdre au-delà de sa mise; et cependant il a l'espérance de prendre part à tous les bénéfices, quelque considérables qu'ils soient.

En général, toutes opérations commerciales sont susceptibles d'être l'objet d'une société anonyme, excepté celles pour lesquelles des prohibitions générales ou particulières interdiraient ce mode d'exploitation. C'est ainsi que l'art. 14 de la loi du 25 mai 1791 avait défendu d'exploiter, par voie de société anonyme, les brevets d'invention. Mais un acte du gouvernement, du 25 novembre 1806, a levé cette interdiction; et le même mode d'exploitation a été autorisé pour les journaux par l'art. 4 de la loi du 18 juillet 1828.

On voit, par ce que nous venons d'indiquer sur la responsabilité limitée de tous les membres d'une société anonyme, que ces établissements pourraient avoir de fâcheux résultats pour les créanciers, soit par la fraude ou l'imprudence qui aurait présidé à leur organisation, soit par les suites d'une mauvaise gestion. Par ce motif, dans presque tous les pays, on ne permet de former des sociétés de cette espèce qu'avec une autorisation du pouvoir législatif, ou au moins

du gouvernement[1]. Cette dernière suffit dans l'état actuel de la législation française. Elle a pour but de s'assurer qu'il existe, non un vain *prospectus* dépourvu de tous moyens d'exécution, mais que des capitaux, en suffisante proportion avec l'étendue de l'entreprise, ont été versés, ou s'ils ne l'ont été que jusqu'à une certaine quotité, que les versements subséquents sont suffisamment assurés, qu'enfin l'administration est organisée d'une manière propre à garantir la régularité de la gestion.

L'acte de société doit, avant toute demande en autorisation, être rédigé par acte devant notaires, portant minute contenant l'engagement des associés, en une forme telle que leur mise sociale ou leur promesse de la fournir, soit irrévocable, sans dépendre d'autre condition que de l'approbation demandée. Il s'ensuit que jusqu'à ce qu'elle ait été accordée, les associés ne sont réciproquement obligés que conditionnellement. Si l'approbation est refusée, ils sont dégagés et considérés comme n'ayant jamais été associés; si néanmoins ils avaient commencé quelques opérations sans attendre l'ordonnance royale, l'effet en serait réglé par les principes que nous avons présentés en parlant des sociétés en nom collectif ou en commandite qui n'ont pas été constatées et rendues publiques d'une manière légale.

Une instruction du ministre de l'intérieur, du 22 octobre 1817, détermine les formes dans lesquelles l'autorisation du gouvernement doit être demandée et accordée.

L'acte de société et les statuts sont joints à une pétition adressée, pour Paris, au préfet de police, et pour les autres villes, au préfet du département; si le lieu de l'exploitation n'est pas le même que le domicile de la société, cette pétition et les pièces nécessaires sont présentées aux préfets de chaque département. La pétition est signée de tous ceux qui ont souscrit l'acte social, à moins qu'une clause ne donne pouvoir de la présenter à un ou plusieurs d'entre eux. Elle doit être accompagnée d'une expédition authentique de l'acte social.

Les statuts de la société doivent être joints à l'acte constitutif. Souvent ils en font partie; mais s'ils en sont séparés et qu'ils n'aient été rédigés d'abord que sous seing-privé, ils doivent être signés de tous les intéressés, et contenir soumission de faire rédiger le tout par acte public, lorsque le ministre le requerra. L'ordonnance d'approbation n'est présentée à la signature du roi que sur le vu de l'acte public. Une copie simple de cet acte doit être remise en même temps, pour rester déposée dans les archives du ministère.

L'acte d'association doit énoncer : l'affaire ou les affaires que la société se propose d'entreprendre; la désignation de celle qui lui servira de dénomination; le domicile social; le temps de la durée de la société; le montant du capital qu'elle devra posséder; la manière dont il sera formé, soit par des souscriptions personnelles fixes ou transmissibles, soit en actions à ordre ou au porteur; les délais dans lesquels le capital devra être réalisé, et le mode d'administration. Si les souscripteurs de l'acte social joint à la pétition ne complètent pas à eux seuls la société qui doit être formée, et s'ils déclarent avoir l'intention de la compléter seulement lorsqu'ils auront reçu l'approbation du gouvernement, ils doivent composer au moins le quart en sommes du capital réel, non compris les actions qui auraient été concédées à des inventeurs ou artistes dont les droits ou l'industrie formeraient la mise, d'après les principes expliqués n° 984. Après avoir justifié de l'existence du quart en sommes du capital convenu, on peut demander et obtenir autorisation pour la mise provisoire en activité, avant que le capital ait été complété. Les préfets dans les départements, et le préfet de police à Paris, transmettent la pétition à eux adressée, et les pièces précédemment indiquées, au ministre. Ils y joignent leur avis, les informations prises sur les faits ci-après : 1° si l'entreprise n'est pas contraire aux lois, aux mœurs, à la bonne foi du commerce et au bon ordre des affaires en général, ou si elle ne présente pas quelque vice qui en rende le succès improbable et la proposition à des actionnaires, inconvenante; 2° sur les qualités et la moralité des souscripteurs, particulièrement dans le cas où des intéressés pour le quart du capital à réunir sont seuls connus et doivent chercher des coassociés, et spécialement sur le personnel des administrateurs, s'ils sont désignés; 3° sur la suffisance des moyens des souscripteurs, de manière à s'assurer qu'ils sont en état de réaliser, soit à l'ouverture de la société, soit aux termes indiqués,

[1] Voy. la note au n° 1042. et const. belge, art. 20.

la mise pour laquelle ils entendent s'intéresser.

Les pièces produites et l'avis du préfet doivent mettre le ministre à même de reconnaître : 1° si les conditions de l'acte social et des statuts sont conformes aux lois, ordonnances ou instructions qui en assurent l'exécution ; 2° si l'objet de la société est licite ; 3° si le capital est suffisant ; 4° s'il est bien garanti, surtout quand une portion ne doit être fournie que successivement, et si, en ce cas, la portion réellement versée offre assez de garanties ; 5° si, dans les statuts relatifs à la gestion, à la reddition des comptes, au partage des bénéfices ou pertes, les intérêts et les droits de tous les membres de la société sont assurés convenablement, et dans toute l'étendue que comporte une société sans responsabilité personnelle ; 6° enfin, si l'administration de la société offre les garanties morales qui importent aux intéressés et au public.

Lorsque la société proposée a pour objet de fonder une banque, l'avis du préfet, sur la convenance d'en permettre l'érection, doit être particulièrement motivé sous le rapport de l'utilité publique. La loi du 24 germinal an XI (14 avril 1803) soumettant ces établissements à une autorisation spéciale, indépendante de celle des sociétés anonymes en général, les renseignements doivent être tels qu'ils puissent éclairer à la fois les ministres du commerce et des finances, que l'examen de la demande intéresse concurremment.

La nature particulière de certaines entreprises formées en société anonyme, pourrait néanmoins apporter à cette marche des modifications qu'indiqueraient l'usage et les circonstances.

Aucun changement aux bases et à l'objet de la société anonyme, ne peut y être apporté, après l'approbation, sans une nouvelle autorisation obtenue dans les mêmes formes, à peine d'interdiction de la société.

Les ordonnances qui autorisent ces sociétés, nomment assez ordinairement un commissaire pour surveiller l'exécution des statuts. Elles peuvent être révoquées, et alors la société est interdite.

L'ordonnance d'approbation et l'acte social doivent être affichés en la même forme et pendant le même temps que les extraits d'actes de société en nom collectif ou en commandite, dont nous avons parlé n° 1006 ; autrement il serait à craindre que des aventuriers ne supposassent une fausse autorisation, ou n'en laissassent ignorer quelques clauses importantes pour ceux qui, par la suite, deviendraient actionnaires, et les attirassent ainsi dans des piéges tendus à leur facilité.

SECTION II.

De l'Administration des sociétés anonymes.

1041. Les affaires des sociétés anonymes sont administrées par des directeurs ou commis, quelquefois choisis parmi les associés, et quelquefois aussi étrangers à l'entreprise. Assez souvent un conseil composé d'actionnaires, et formé de la manière déterminée par les statuts, dirige et surveille ces administrateurs. Aucun autre n'a droit de s'immiscer dans les affaires sociales, même sous prétexte que les administrateurs seraient coupables de négligence ou de malversation, sauf à provoquer leur destitution, conformément aux statuts ou d'après les principes généraux sur les sociétés.

Quand les statuts ne fixent point ou ne déterminent pas suffisamment l'étendue des pouvoirs des directeurs ou préposés, les règles que nous avons données n°s 1013 et suivants, ne reçoivent aucune application, même dans les cas où ces administrateurs seraient associés ; il faut recourir à celles du droit commun sur le mandat salarié sans qu'ils puissent invoquer, lorsqu'ils sont membres de la société, la considération dont nous avons parlé n° 1032, parce qu'il n'y a pas les mêmes raisons, puisqu'ils ne souscrivent pas envers les tiers une obligation indéfinie qui rassure leurs coassociés. Ces gérants cumulent deux qualités qui ne se confondent pas : comme mandataires, ils sont soumis à la même responsabilité que les préposés ordinaires ; comme associés, ils ne sont pas plus obligés que les autres, envers les tiers, parce que, conformément à ce qui a été dit, n° 560, le mandataire oblige son mandant, sans s'obliger personnellement, et c'est en quoi la société anonyme diffère de la commandite. Les tiers qui contractent n'agissent avec eux qu'en leur qualité de mandataires : c'est la société qui est

censée contracter par leur organe : ils ne pourraient être poursuivis en leur nom que dans le cas où nous avons vu aussi, n° 560, que pouvaient l'être les commis qui excédaient leurs pouvoirs, ou qui se rendaient garants de quelques-unes des opérations faites pour leurs commettants.

Les administrateurs qui ne sont pas associés peuvent être révoqués par une délibération régulière, encore bien qu'ils tiennent leur délégation de l'acte de société. Il y a plus de doute à l'égard de ceux qui sont associés. Il paraît que, dans l'usage, le gouvernement refuse d'approuver les statuts qui confient irrévocablement l'administration à des associés même fondateurs ; néanmoins, si cette clause d'irrévocabilité, insérée dans les statuts, avait été approuvée, sans modification, par l'ordonnance d'autorisation, comme elle n'a rien en elle-même qui la rende illicite, suivant ce qui a été dit n° 1018, elle devrait recevoir son entière exécution, parce que l'effet d'une telle clause n'est pas que dans aucun cas et pour quelque cause que ce soit, le mandat ne puisse être révoqué, mais que la révocation n'ait lieu que pour une cause appréciée et jugée.

En général, les membres de la société sont appelés à des époques périodiques ou dans des circonstances déterminées par les statuts, à délibérer sur les intérêts communs, ou à recevoir les comptes et à examiner la gestion des administrateurs. Lorsque le nombre des actionnaires est considérable, les statuts déterminent souvent qu'on n'admettra dans cette assemblée que les plus forts actionnaires, au nombre et d'après les proportions qu'ils indiquent; il faut, pour tout cela, se reporter à ce qui a été dit n°s 979 et suivants.

SECTION III.

Des Rappots que les sociétés anonymes établissent entre les associés.

1042. Les capitaux d'une société anonyme sont assez ordinairement divisés en actions, et même en coupons qui forment ensemble une valeur égale à l'action divisée. Ces actions, sur lesquelles nous avons donné des notions suffisantes, n°s 992 et suiv., peuvent être l'objet de toute espèce de négociations ou d'opérations commerciales; elles peuvent être créées négociables par voie d'ordre, par voie de transfert, ainsi qu'on l'a vu n° 315, ou même au porteur, parce qu'il n'y a pas, dans cette espèce de société, de motifs semblables à ceux par lesquels nous avons cru, n° 1033, qu'on devait rejeter cette dernière forme d'actions dans les sociétés en commandite. Nous avons dit, n° 129, que les agents de change pouvaient seuls être chargés de leur négociation.

On n'applique pas au droit d'être propriétaire de ces espèces d'actions, les règles de capacité requises pour faire des actes de commerce.

Nous ne pourrions donner, sur les droits que les intéressés ont de surveiller les administrateurs et de connaître l'état de la société, des règles précises, parce que les statuts y pourvoient. Ainsi, ce ne pourrait être qu'à défaut de clauses dans les statuts, et encore avec des précautions et des modifications que les circonstances indiqueraient, qu'on pourrait appliquer aux sociétés anonymes ce que nous avons dit, n°s 1018 et 1031, sur les autres sociétés.

Les actionnaires participent aux bénéfices, par la répartition qu'on fait à certaines époques, de ce qu'on appelle le dividende, qui, comme on l'a vu n° 992, augmente ou diminue, suivant que les profits sont plus ou moins considérables; mais l'ordonnance d'autorisation détermine, lorsque les statuts n'ont pas pris cette mesure, qu'une réserve annuelle sera prélevée sur les bénéfices, pour prévenir la réduction du capital primitif, ou même pour l'accroître; et par conséquent, si cette réserve était insuffisante pour compenser les pertes éprouvées, toute répartition de dividende serait interdite jusqu'à ce que, par l'accroissement successif de la réserve, le capital eût été rétabli. Lorsque les pertes s'élèvent à une quotité telle que la société n'offre plus aux tiers une suffisante garantie, elle doit être dissoute, et l'ordonnance d'autorisation détermine à cet égard ce que les statuts n'auraient pas prévu. Les statuts prescrivent aussi quelles justifications doivent faire, pour toucher les dividendes, ceux qui viennent les percevoir au nom d'un actionnaire, ainsi que le mode de transmission de la propriété des actions, suivant les principes que nous avons développés n° 315.

Nous verrons dans la section suivante que les membres d'une société anonyme ne sont tenus envers les créanciers que jusqu'à concurrence de leur mise, mais pourvu que les conditions d'autorisation et de publicité expliquées n° 1041 aient été remplies [1]. Le défaut de ces formalités ne pourrait point être invoqué par des associés entre eux; et si une société formée par actions avait été mise en activité et avait contracté des engagements sans ce préalable, les administrateurs ne pourraient exiger de chaque associé rien de plus que le montant de son action, quel que fût le montant des dettes auxquelles eux-mêmes seraient tenus, faute d'avoir rempli les formalités.

SECTION IV.

Effets des sociétés anonymes à l'égard des tiers.

1043. Les associés ou actionnaires d'une société anonyme ne peuvent être poursuivis personnellement pour les engagements et les dettes de la société. Ceux qui se prétendent créanciers, à quelque titre et pour quelque cause que ce soit, peuvent seulement assigner les administrateurs, obtenir des condamnations contre eux, saisir ou faire saisir les biens meubles et immeubles et tout autre actif de la société. S'il y a insuffisance, les associés ne peuvent être poursuivis personnellement que dans le cas où ils seraient débiteurs de tout ou de partie de leur mise, et la présomption est toujours que cette mise a été versée. Il n'y a pas lieu à appliquer les principes établis n° 1034, soit pour le rapport des bénéfices perçus, soit pour les suites de la gestion des commanditaires; parce que c'est ici une association de capitaux, et que, par cette raison, le capital seul doit répondre.

La conséquence qu'on doit en tirer, est que tout actionnaire qui a vendu ou cédé de toute autre manière son droit dans la société, ne peut plus être inquiété pour les engagements anciens, antérieurs à cette époque. Ces engagemeuts sont plutôt la dette des actious sociales, que celle des personnes. Mais ce principe incontestable peut présenter quelques difficultés, dans le cas où les souscripteurs qui ont primitivement formé la société, en prenant des actions, n'en ont versé qu'une partie en argent ou en valeurs équivalentes, et l'autre en obligations personnelles ou en billets souscrits par eux, et payables à certaines époques ou en certains cas. Ce mode d'opération, qui n'est pas sans graves inconvénients, qu'il serait peut-être sage d'interdire, mais qui dans le fait est autorisé dans l'état actuel de notre législation, donne lieu à une question qui n'est pas sans intérêt. Un souscripteur, avant d'avoir acquitté les billets qui représentent la partie non encore payée de son action, peut céder l'action qui lui a été délivrée; sans doute si les administrateurs de la société ne consentent pas à lui rendre les billets personnels qu'il avait souscrits pour représenter une partie de sa mise, il en reste débiteur, et peut être poursuivi à la requête de la société pour les payer, sauf à se régler avec son cessionnaire, ainsi qu'il avisera. Mais les administrateurs de la société peuvent-ils, sans engager leur responsabilité, lui rendre les billets qu'il avait donnés, et les remplacer dans le portefeuille social par ceux du cessionnaire? La question peut se présenter et acquérir un grand intérêt lorsque la société tombe en faillite. Les créanciers ont certainement le droit de contraindre tous les les actionnaires à acquitter les actions dont ils n'auraient pas encore versé le montant. Dans ce cas, ne peuvent-ils pas dire à l'actionnaire primitif que dans la règle il aurait dû payer son action en la recevant; que s'il a obtenu du délai, s'il a été admis en souscrivant les billets qui remplaçaient l'argent dont il aurait dû faire le versement, ces billets constituaient, de sa part, une dette envers la société, dette dont il n'a pu être dégagé en donnant un autre débiteur; qu'il doit donc, lors même qu'il a cédé son action, rester obligé au paiement de ses billets, comme celui qui a acheté un objet à crédit, et qui le revend sans s'être acquitté envers son vendeur, n'en reste pas moins obigé envers ce dernier. Mais on peut répondre que la société créancière de billets qui représentent les parties de l'action non payée, a pu faire novation si bon lui sem-

[1] Voy. dans ce sens un arrêt de la cour de Bruxelles rapporté à la jurisprudence de Belgique, année 1836, et Merlin p. 9, V° Société; 3 bis, n° 4; des Sociétés commerciales par Malpeyre, édit. de Tarlier, p.145. n. 273.

blait, et qu'en acceptant les billets du cessionnaire, en rendant ceux du cédant, elle a éteint sa créance contre ce dernier; que tout est donc régulier, dès que les administrateurs de la société ont donné leur consentement à la substitution; que sans doute il peut y avoir des abus, mais que c'est au gouvernement à les prévenir dans les statuts qu'il approuve, par exemple en déclarant que le cédant restera garant envers la société de l'acquittement des actions non soldées; qu'à défaut de clauses de cette espèce dans les statuts, ou d'une loi générale, on ne peut décider en principe que, dans ce cas, l'actionnaire primitif continue de plein droit d'être obligé au complément du prix de son action, lorsqu'un cessionnaire a été agréé en son lieu et place; à moins qu'on ne prouvât de la fraude.

Nous pensons que toutefois les tribunaux pourraient faire retomber sur les administrateurs les suites de cette novation, dans le cas où le cessionnaire dont ils auraient accepté les engagements en place de ceux du cédant, ne les acquitterait pas. Ce serait également par les circonstances et la nature des relations ou des opérations qu'il faudrait décider si des clauses dérogatoires au droit commun, insérées dans les statuts d'une société anonyme qu'on aurait publiés avec l'ordonnance d'autorisation, peuvent être opposés à des tiers qui ont traité avec les administrateurs ou délégués de cette société [1].

CHAPITRE IV.

Des Associations commerciales en participation.

1044. Indépendamment des trois espèces de sociétés qui ont fait l'objet des chapitres précédents, on en connaît une quatrième qui porte le nom d'association commerciale en participation.

On peut considérer en ce qui concerne cette espèce de société : 1° quels sont les caractères qui la distinguent des autres; 2° comment les participants sont obligés entre eux; 3° comment ils le sont envers les tiers pour des engagements relatifs aux affaires faites en commun. Ce sera l'objet des trois sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

Des Caractères distinctifs de l'association en participation.

1045. Il ne faut pas confondre les associations commerciales en participation avec les autres sociétés.

Les personnes qui composent une société forment, par leur réunion, un être moral qui a son individualité et ses droits particuliers, à qui nous avons vu, n° 977, qu'il fallait donner un nom distinctif sous lequel il puisse s'offrir à la confiance publique, pour tous les actes qu'il fera pendant sa durée. Les opérations déterminées, qui sont l'objet des participations, n'exigent rien de semblable. Elles forment, sans doute, un être moral dont, la plupart du temps, il est facile de distinguer l'actif et le passif de l'actif et du passif de celui ou de ceux qui en ont l'administration, mais presque toujours chaque participant, faisant seul l'affaire dans laquelle il donne intérêt à l'autre, à la charge de lui rendre un compte, d'après lequel ils partagent le profit et supportent la perte en commun, un nom social n'est pas nécessaire.

A la vérité, comme les participants sont libres de régler leurs intérêts, dans les rapports et la proportion qu'ils jugent à propos, il peut y avoir des associations où le concours des participants à l'opération est plus direct, et où tous travaillent en commun. Un autre caractère de différence sert alors à empêcher qu'on ne confonde la participation avec la société en nom collectif. L'objet de ce travail commun est déterminé; ce n'est point pour un certain temps, et pour faire, pendant ce temps, le commerce en général ou un genre de commerce, qu'ils sont réunis, mais pour la durée de l'affaire entreprise, et pour cette seule affaire : cela suffit encore pour distinguer l'association en participation, de la société en nom collectif, dont alors elle se rapprocherait beaucoup.

Une société collective ayant un nom qui la fait connaître, un lieu d'établissement au-

[1] Rejet, 15 fév. 1826. J du 19e s., 1827, 1e., 131.

quel seul on peut donner les assignations qui la concernent, la preuve de son existence intéresse le public; et tel est le motif de la nécessité d'en rédiger par écrit, et d'en afficher les conditions. Mais la connaissance des rapports entre les participants est, en général, peu importante pour les tiers; elle n'a point de lieu d'établissement où l'on doive intenter les actions qui peuvent naître de cette participation [1]; il n'est donc pas nécessaire que les conventions des parties soient rédigées par écrit, ni, lorsqu'on a employé ce moyen, qu'un extrait de la convention soit rendu public. On peut en faire la preuve par les livres, la correspondance, ou par témoins [2]. En un mot, les associations en participation ne sont pas sujettes aux formalités prescrites pour les autres sociétés.

1046. On pourrait cependant, malgré ces caractères distinctifs, donner à une simple participation le nom de société, et à une société les apparences d'une participation. Comme les effets n'en sont pas toujours les mêmes, la nécessité de développer la distinction que nous avons indiquée se fait sentir, quelque difficile qu'il soit de trouver des règles à l'abri d'exception, ou qu'on soit à même d'appliquer sans incertitude.

Le caractère propre d'une association en participation, est qu'elle soit relative à un ou à plusieurs actes de commerce dont l'objet est né au moment où les parties font leur convention, et qu'elle ne se prolonge pas au-delà du temps nécessaire pour les achever; tandis qu'une société est formée dans la vue de se livrer à des opérations successives, et telles que les amènera, pendant sa durée, le cours des choses et la suite des affaires qui se présenteront dans la branche du commerce, pour l'exercice de laquelle les parties se sont unies.

Les juges peuvent donc s'arrêter à ce point : chaque fois qu'ils verront que des parties sont convenues de faire ensemble une ou plusieurs affaires déterminées, dont l'objet existe au moment de leur convention, ils reconnaîtront une simple association en participation [3], et repousseront les prétentions des tiers qui voudraient faire considérer les participants comme associés en nom collectif. Lorsqu'au contraire, ils verront que ce n'est point *telle* ou *telle* opération isolée ou déterminée qui a été le but de la réunion, mais une série d'affaires qui n'étaient point nées ou ne pouvaient pas être prévues alors; en un mot, qu'au lieu d'opérations certaines et envisagées par les parties, elles ont projeté de se livrer, soit pendant un temps déterminé, soit jusqu'à ce qu'il plaise à l'une de se retirer, aux opérations qui se présenteraient pendant le temps de leur réunion, ils peuvent en conclure qu'une société a été contractée [4].

La circonstance que les parties auraient fait leurs conventions par écrit, ne serait pas toujours une preuve qu'elles ont entendu former une société en nom collectif.

L'importance de la négociation ou des négociations déterminées ne serait pas aussi un motif pour attribuer ce caractère à l'association formée pour les opérer. On peut s'associer en participation pour des objets d'une très-haute importance; et quelquefois une société en nom collectif peut n'avoir pour but qu'une série d'affaires peu considérables qui, réunies, n'équivalent pas à une seule entreprise en participation. Ainsi, un commerçant de Marseille, instruit que la cargaison d'un navire va être vendue, propose à un commerçant de Paris d'en faire l'achat en commun, ce qu'on appelle vulgairement *compte à demi*, et s'entend avec lui sur la manière dont celui-ci fournira sa part de fonds dans le prix d'achat; quand, au lieu de l'achat d'une cargaison, il s'agirait de celui de deux ou trois parties de marchandises de genre et d'origine tout-à-fait différents; quand, au lieu de revendre lui-même ou par ses délégués, les choses achetées, il les enverrait à son participant pour qu'il en fasse la revente, ce serait toujours une participation : car, au moment où ils s'associent ainsi, l'achat et la revente de *telles* marchandises sont prévus; les parties désignent expressément l'affaire ou les affaires qui seront ainsi communes entre elles. Ainsi, l'on connaît, dans le commerce maritime,

[1] Rejet, 14 mars 1810. Dalloz, t. 5, p. 361.

[2] Rejet, 19 fructidor an XI. — Rejet, 28 germinal an XII. — Rejet, 26 mars 1817. Dalloz, t. 25, p. 365.

[3] Rejet, 5 juill. 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 413.

[4] Une société contractée pour un espace de 15 ans aux fins d'exploiter un établissement destiné à louer des bains à demeure et à domicile, et dans lequel on débitait aussi des boissons et des comestibles, est d'une nature commerciale. On ne peut la considérer que comme une société en participation. — Brux., 4 mars 1826. J. du 19e s., 1826, 3e, p. 270.

[5] Rejet, 9 janv. 1821. Dalloz, t. 25, p. 369; Sirey, 22, 1e p. 77.

les cessions d'intérêts sur le chargement d'un navire; l'expédition se fait au nom du cédant seul, qui en est le directeur, et qui s'oblige de tenir compte à son participant, dans la proportion de l'intérêt qu'il lui a cédé, du produit de la chose commune, déduction faite des dépenses d'achats, frais d'expédition, transports, etc. Ainsi, deux ou plusieurs commerçants conviennent d'acheter et de fournir, chacun de son côté les bestiaux nécessaires pour nourrir une armée, ou dont un établissement public a besoin, sauf ensuite à se rendre respectivement compte de leurs opérations.

Quelquefois, des commerçants qui se rendent à des foires ou à des adjudications, s'associent pour les achats qu'ils feront, chacun de son côté. La convention ainsi conclue, ils se séparent pour faire leurs achats, chacun en particulier, et, quand ils sont terminés, les réunissent en une masse pour les partager à un prix commun. Une convention du même genre pourrait avoir lieu entre des vendeurs, dans un sens opposé, Dans l'un et l'autre cas, c'est une association en participation.

Ces pactes ayant l'inconvénient de faciliter des monopoles, il n'est pas douteux que si, dans une contestation qui s'élèverait entre les participants, on reconnaissait que l'association avait pour but de violer les règles que nous avons données n° 162, toute action devrait être déniée et même le délit devrait être dénoncé, et puni par les tribunaux compétents. On ne peut donner de règles précises à cet égard; l'appréciation des faits et des circonstances appartient aux magistrats dans les cas où il s'agit entre les contractants de décider si la convention est ou non valide et obligatoire [1].

Nous avons dit, n° 974, qu'un associé pouvait, sans le consentement des autres, accorder, à un tiers, un intérêt dans sa portion sociale. Les obligations et les droits respectifs de celui qui s'est ainsi associé quelqu'un, et de cette personne, établissent entre eux une véritable participation. Il en est de même des sociétés qui se forment entre le propriétaire d'un navire et celui qui en fournit l'armement, pour partager les bénéfices et les pertes de l'expédition dans une certaine proportion; des engagements des gens de mer au fret ou au profit, sur lesquels nous avons donné des notions, n°s 690 et suiv.; de la convention par laquelle un prêteur à la grosse stipulerait pour ses profits, ou un assureur pour sa prime, une part quelconque dans les bénéfices de l'expédition; enfin des contrats de pacotille qui ont fait l'objet des n°s 702 et 703.

On peut, en un mot, classer dans une catégorie toutes les affaires commerciales qui se font en commun, et pour lesquelles il n'est pas nécessaire, d'après les principes expliqués ci-dessus, que la formation d'une société soit rendue publique.

1047. La différence entre les sociétés et les associations commerciales en participation est importante, relativement aux actions des tiers. S'il a font la preuve d'une société collective, les engagements contractés par l'un des associés, obligent solidairement les autres, puisque nous avons vu n° 1009, que le défaut d'acte social ou de publicité donné à ses clauses ne pouvait être opposé aux tiers: s'il n'y a qu'une participation, ils n'ont contre le co-participant non signataire des obligations qu'ils invoquent, que les droits qui seront expliqués n°s 1049 et suivants.

Cette distinction n'est pas moins importante entre les prétendus associés eux-mêmes. S'il est reconnu qu'ils sont en société proprement dite, la convention intervenue entre eux, sans qu'ils aient observé les formes prescrites, est nulle, ainsi qu'on l'a vu n° 1007; et l'un ne peut contraindre l'autre à l'exécuter pendant le temps convenu.

S'il est reconnu ou s'il est avoué qu'ils ne sont qu'en simple participation, l'exécution de l'engagement doit être maintenue pendant toute la durée de l'affaire ou des affaires entreprises.

SECTION II.

Des Rapports respectifs entre les participants.

1048. Une association commerciale en participation peut être formée dans les proportions d'intérêt dont il plaît aux participants de convenir; on doit observer à cet égard toutes les règles données n°s 996 et suiv. Ils ne sont liés que par les principes généraux expliqués au commencement de cette partie; leur liberté ne pouvant aller

[1] Rejet, 18 juin 1829. J. du 19e s., 1828, 1c, p. 244.

jusqu'au point de changer la nature des choses.

En général, c'est d'après les règles que nous avons données dans le titre premier, et d'après les principes sur les sociétés en nom collectif, que sont réglés les rapports entre les participants, principalement en ce qui concerne l'obligation de chacun d'eux, de ne rien faire au préjudice de l'association, et d'en maintenir les intérêts; par la même raison, les règles que nous donnerons nos 1071 et suiv. sur la liquidation des sociétés doivent être observées entre eux. Rien ne s'opposerait toutefois à ce qu'ils établissent, pour régler ces mêmes rapports et intérêts, des bases puisées dans les principes particuliers à la société en commandite. Ainsi, deux personnes s'unissent pour la fourniture des bois nécessaires au chauffage de *tel* établissement; elles conviennent que l'une fournira *telle* somme, et que si l'affaire ne réussit pas, sa part dans la perte ne pourra excéder sa mise : cette clause, qui tient de la société en commandite, recevra son exécution dans les rapports respectifs de ces associés.

SECTION III.

Comment les participants sont tenus des obligations contractées pour l'objet de leur association.

1049. C'est par la différence qui se trouve entre les sociétés proprement dites, et les associations en participation, que doivent être décidées les questions qui s'élèvent relativement aux dettes que les créanciers prétendent être communes aux participants.

Nous supposons, avant tout, que la nature de l'association est bien avouée; que le créancier n'allègue pas, comme au cas prévu n° 1009, l'existence d'une véritable société pour laquelle on ne se serait pas conformé à la rédaction et à la publicité requises; ou, du moins que, sur cette prétention, il a été jugé qu'il n'avait existé qu'une simple participation. Dans cet état de choses, ceux qui ont traité avec un des participants ne peuvent, dans la rigueur du droit, se prétendre créanciers des autres. Aucun acte ne leur faisant connaître l'existence d'une société et le droit que l'un avait d'obliger les autres, ils ne peuvent dire qu'ils aient été trompés, puisqu'ils ont une action contre celui qui s'est engagé envers eux.

Cependant, l'équité qui ne permet pas que personne s'enrichisse aux dépens d'autrui, et qui sert de fondement aux droits que peut exercer celui qui a traité avec le gérant d'affaires d'une personne contre celle-ci, ne permet pas aussi qu'on le repousse absolument. Pour bien apprécier les droits qu'ils peuvent exercer, il faut d'abord distinguer entre les actes qui ont pu précéder l'association et ceux qui en sont une conséquence et l'exécution.

Lorsqu'un individu a primitivement figuré seul dans la négociation d'une affaire ou d'une entreprise à laquelle il a ensuite associé en participation une ou plusieurs personnes, pour en partager les profits et les pertes, cette négociation continue d'être personnelle à cet individu, et ne donne au créancier aucune action contre les autres qui n'ont pas signé [1]. C'est notamment le cas dans lequel se trouve celui qui se serait intéressé dans la part qu'une personne a dans une société, comme on l'a vu n° 974. Car, de même que celui qui achète des marchandises n'a pas besoin, pour en devenir propriétaire incommutable, de s'informer si son vendeur en doit, ou non, le prix, et ne peut, lorsqu'il est de bonne foi, être poursuivi par le précédent vendeur; de même, lorsqu'une personne s'engage à partager avec une autre les bénéfices que produira la revente de *telle* quantité de marchandises qu'elle a achetées, celui qui est admis à cette participation ne devient pas codébiteur du prix d'achat. Ce prix, s'il n'a pas été payé, est la dette de l'acheteur seul, contre qui le vendeur peut agir personnellement, sauf l'exercice du droit de ne pas livrer les objets vendus, s'il les a encore dans les mains, ou de les revendiquer, conformément à ce que nous avons dit n° 289.

A l'égard des négociations faites depuis que l'association est formée, il faut distinguer si tous les associés ont signé l'engagement, ou s'il ne l'a été que par l'un d'eux, quoique d'ailleurs relatif à l'opération qu'ils faisaient en commun. Au premier cas, ils sont obligés tous, puisqu'ils ont signé; et cette obligation est solidaire, sans stipula-

[1] Rejet, 9 janv. 1821. Dalloz, t. 25, p. 369. Sirey, 22, 1e, p. 77.

tion, conformément à ce que nous avons dit n° 182. Au second cas, si le créancier prouve, par l'un des moyens expliqués n°s 241 et suiv., qu'il a contracté avec les coparticipants, ou, quoique l'engagement soit signé par l'un d'eux seulement, s'il justifie, soit par témoins, soit par la preuve écrite, que ce qu'il a fourni est entré dans l'opération commune, il pourra les poursuivre tous [1]. On voit par là, qu'une question de ce genre dépend de l'appréciation des circonstances qui appartiennent exclusivement aux tribunaux [2], et de l'application des principes donnés n° 561, que ce qui a été fait par un préposé, ou par un gérant d'affaires, oblige celui pour qui la négociation a été faite.

On voit aussi en quoi une participation diffère d'une société en nom collectif. Dans celle-ci, tous les associés sont réputés obligés par la signature d'un seul, et par l'unique fait qu'un acte les constituait associés. Dans la participation, il faut prouver leur collaboration commune. Au premier cas, les associés sont tenus solidairement, que les emprunts faits sous la raison sociale aient ou n'aient pas été employés au profit commun; au lieu que dans l'association en participation, la preuve de l'emploi pour le compte de cette participation est nécessaire pour fonder l'action du créancier contre les participants qui n'ont pas contracté avec lui: d'où il suit que si les sommes qu'il justifierait avoir prêtées à l'un des participants avaient été portées dans les registres et écritures de la participation, au crédit de ce dernier seulement, et non au compte des opérations communes, le prêteur serait sans action contre les autres participants. En un mot, dans les cas même où les objets, ou les valeurs fournies sont entrées dans l'actif de l'association, il faut encore examiner avec un grand soin, à quel titre elles y sont entrées. Si c'était comme mise du participant, le créancier n'aurait de droits que contre lui, par les motifs que nous avons expliqués n° 1025; si c'était au contraire comme fourniture faite à l'association, et constituant une de ses opérations, c'est le cas où ce créancier pourrait être admis à prouver l'emploi fait pour le compte commun.

Cela deviendra sensible par un exemple. Pierre et Paul conviennent d'une association en participation, pour fournir les vivres de *telle* place, que le gouvernement veut approvisionner. Il est convenu que, dans les quatre jours, chacun versera au magasin commun, pour former le premier fonds, une mise de cent muids de blé. Pierre achète les cent muids qu'il doit fournir; il les verse dans le magasin commun; le vendeur non payé par lui n'aura point d'action contre Paul, parce qu'il n'a vendu qu'à Pierre, et que celui-ci n'achetait pas pour l'association, mais pour fournir sa mise. Il n'a pas plus de droits qu'un vendeur non payé n'en aurait contre le tiers qui achèterait et paierait à son acheteur des marchandises prises à crédit par ce dernier [3]. Au contraire, les mises ayant été réalisées, si la continuation de l'entreprise formée par Pierre et Paul exige des achats de blé, et que Pierre les fasse seul et sans annoncer qu'il ait les pouvoirs de Paul, l'emploi de ce blé à des fournitures dont ce dernier s'est chargé en commun avec Pierre, fait qu'il devient aussi sa dette, par le même motif qui porte à décider qu'un commerçant est tenu des achats de son commis, quoique non autorisé à cette espèce de négociation, si la marchandise est entrée dans ses magasins.

Le droit du créancier d'agir contre le coparticipant qui ne s'est pas obligé personnellement, est encore soumis à une dernière condition, c'est que l'association ne soit pas dissoute et liquidée entre les participants; car alors le créancier qui voudrait agir ne pourrait plus s'adresser qu'à celui avec qui il a contracté [4]. En effet, ses droits contre le participant qu'il poursuit, quoiqu'il n'ait pas traité immédiatement avec lui, ne sont pas l'effet d'une créance directe; il n'a que l'exercice de ceux qui appartiennent à l'individu avec qui il a traité. Quand celui-ci a terminé tous ses comptes et clos toutes ses relations avec son participant qui ne lui doit plus rien, il n'y a plus de droits à exercer de son chef.

[1] Rejet, 11 nivose an x — Rejet, 28 germinal an XII. — Rejet, 26 mars 1817. — Rejet, 18 nov. 1829. Dalloz, t. 25, p. 365 et 367.

[2] Rejet, 13 fructidor an IX.

[3] Cass., 7 mars 1827. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 340.

[4] Rejet, 16 fév. 1813.

TITRE III.

DE LA DISSOLUTION DES SOCIÉTÉS.

1050. La dissolution d'une société peut arriver par un grand nombre de causes qui produisent des effets différents.

Une société peut quelquefois être dissoute de plein droit, sans qu'aucun des intéressés ait eu besoin de déclarer sa volonté, ou de provoquer une décision judiciaire; d'autres fois cette dissolution doit être convenue entre les associés, ou provoquée par un ou plusieurs associés contre les autres.

Dans le premier cas, à l'instant même qu'arrive le mouvement dont l'effet est de dissoudre la société, elle n'existe plus, les associés restent en simple communauté d'intérêts, semblable à celle qui se forme entre des cohéritiers : dans le second cas, la dissolution résulte du concours de toutes les volontés : dans le troisième, elle doit être demandée, consentie ou jugée, et la société ne cesse d'exister qu'au moment de la demande, ou à celui qui fixe la transaction ou le jugement intervenu.

Nous allons considérer ces différentes positions dans les trois chapitres suivants.

CHAPITRE PREMIER.

Quand une société est dissoute de plein droit.

1051. Une société se dissout de plein droit: 1° par l'arrivée de l'époque ou de l'événement que la convention a déterminé pour sa dissolution; 2° par la consommation de la négociation qui en a été l'objet; 3° par l'extinction de la chose composant le fonds commun; 4° par la mort naturelle ou civile d'un des associés, s'il n'a pas été convenu qu'elle continuerait avec les héritiers. Nous allons en faire l'objet de quatre sections.

Nous n'avons pas cru devoir mettre la faillite ou la déconfiture d'un associé au rang des causes qui donnent de plein droit lieu à la dissolution de la société. Les motifs de cette opinion, qui, nous devons en convenir, est susceptible de quelque controverse, seront expliqués n° 1066.

SECTION PREMIÈRE.

De la Dissolution d'une société par l'événement du terme.

1052. Ce premier mode de dissolution ne peut donner lieu à beaucoup d'observations. Ceux qui prennent la précaution de déterminer le jour ou l'époque, auxquels ils cesseront d'être associés, doivent s'expliquer avec assez de précision, pour que leur indication ne présente point d'incertitude. Lorsqu'au lieu d'une époque fixe, ils ont indiqué une condition ou un événement incertain, les règles générales expliquées n° 184, sur les conventions subordonnées, reçoivent leur application.

Ce n'est que par les expressions de la convention et leur interprétation, s'ils présentent quelque incertitude, que les difficultés sur ce point peuvent être décidées, et surtout qu'on doit juger si la condition ou l'événement prévu étant arrivé, il en résulte une dissolution de plein droit, ou seulement une faculté pour les associés de provoquer la dissolution. On verra, par la suite l'importance de cette distinction.

SECTION II.

De la Dissolution d'une société par consommation de la négociation.

1053. Lorsque la société a eu pour objet une opération déterminée, elle finit par la conclusion de cette opération. Par exemple, lorsque deux individus se sont associés pour la construction, l'armement et le chargement d'un navire qui devait porter des marchandises dans un lieu convenu; dès l'instant que ces marchandises ont été livrées, s'ils n'étaient qu'entrepreneurs de transport, ou vendues, si elles leur appartenaient, il est évident que la société est finie.

Il peut s'élever quelquefois de l'incertitude sur le point de savoir, lorsqu'un acte indique à la fois un terme de durée, et un objet pour l'opération sociale, à laquelle des deux indications il faut donner la préférence. Nous avons déjà fait remarquer, n° 777, que les circonstances devaient seules fournir les moyens de décider d'une manière conforme à l'intention des parties.

Par exemple, une société contractée pour une certaine affaire à achever dans un temps déterminé, doit durer jusqu'à la fin de cette affaire, si la considération du temps n'a été que secondaire entre les associés. Du reste, il faut bien se garder de voir une consommation ou fin de l'affaire entreprise, dans des changements ou des modifications qu'elle pourrait avoir éprouvées. Ainsi, une société contractée pour exécuter des travaux publics, suivant un plan donné, ne serait pas dissoute, par cela seul que le gouvernement changerait ce plan, et passerait en conséquence un nouveau marché, si les travaux sont toujours de la même espèce, et que les associés les aient continués en commun.

SECTION III.

De la Dissolution d'une société par extinction de la chose qui en fait le fonds.

1054. L'extinction ou la perte absolue des choses qui forment en entier le fonds commun de la société, en amène également la dissolution. Par exemple, si deux commerçants s'étant associés pour acheter un navire, avec lequel ils pourront faire ou entreprendre des transports, le navire périt ou est pris, cette perte termine la société.

Mais lorsqu'une partie seulement du fonds social périt, il importe beaucoup de distinguer comment les associés ont fait leur apport. S'il a été de la propriété, suivant les règles ou les présomptions indiquées n° 990, la perte de l'apport, même entier, de l'un d'eux, n'a aucune influence; la société continue avec ce qui reste. Si les associés n'ont apporté que le simple usage des choses, il suffit que l'apport de l'un ait péri, pour que la société soit dissoute, parce qu'il est de son essence que chacun des associés contribue au fonds social, et que la perte de la chose conférée par l'un d'eux fait manquer cette condition. Ainsi, lorsque deux personnes s'étant associées pour faire la course, et partager les prises, chacune d'elles a mis en commun la jouissance de son navire, si l'un des navires périt, la société est dissoute; le propriétaire du navire péri n'a droit aux prises faites par l'autre, que jusqu'au jour de la perte de son navire. Mais si les corps certains et déterminés, dont la jouissance a été mise en commun par l'un des associés, ne périssaient qu'en partie, on pourrait, suivant les circonstances, ordonner, soit une diminution de sa part dans les bénéfices, soit la résolution même de la société.

L'application de ces règles peut donner lieu à une question assez importante. Une société a été contractée pour un certain nombre d'années, entre des personnes, dont les unes fournissent les fonds, et d'autres leur travail et leur industrie; les fonds ayant été absorbés par des pertes, pendant les premières années, les associés qui les avaient fournis seront-ils obligés de renouveler leur mise jusqu'à l'époque fixée pour la dissolution de la société? Une distinction nous semble nécessaire. Si, par l'acte de société, il est dit indéterminément que le fonds social sera fait par *tels* ou *tels*, ceux qui en sont chargés peuvent être contraints de le renouveler, de manière que l'actif de la société soit toujours de la somme promise, pendant tout le temps de sa durée. Mais s'il est dit que *tels* verseront *telle* somme dans la société, dès qu'ils auront acquitté cette obligation, ils ne pourront plus être tenus à de nouveaux versements. Alors la perte totale du fonds social dissoudra la société. S'il n'est que diminué, celui qui doit fournir son industrie et sa peine ne sera pas fondé à s'y refuser sous prétexte de la modicité des fonds restants, ni à prétendre que le capital soit complété.

1055. Le droit exclusif dans des découvertes des arts, ou celui de publier les productions de l'esprit, peut, comme nous l'avons vu n°s 984 et 989, être l'objet d'une mise; l'événement par lequel une société, qui n'aurait d'autre but que cette exploitation, en serait privée, soit par la déchéance du brevet, soit parce que la loi cesserait d'en protéger l'exercice exclusif, produirait aussi la dissolution de la société; sauf l'indemnité au profit de ceux qui justifieraient que l'associé, dont ce brevet formait la mise, a, par son fait et sa faute, laissé perdre son droit par déchéance ou autre fait semblable, et pareillement sauf l'indemnité de ce dernier contre les autres, si cette déchéance provenait de leur fait.

La même règle ne s'appliquerait pas au cas où la société se trouverait n'avoir plus besoin, pour la marche ou le succès de ses opérations, de l'industrie d'un associé qui

n'a pas fait d'autre mise; on sent la différence de cette hypothèse. La mise de cet associé n'a pas péri, et il peut et doit conférer son industrie dès que cela redeviendra nécessaire.

Si la société éprouvait des pertes telles que l'on ne pût concevoir la possibilité de les réparer, ce pourrait être un juste motif pour un associé d'en provoquer la dissolution; les arbitres apprécieraient les circonstances et les raisons de ceux qui se refuseraient à cette demande; mais la nature de la société pourrait quelquefois modifier ce principe. Ainsi, lorsqu'une société anonyme a été constituée avec toutes les formes indiquées nº 1040, le droit d'en provoquer la dissolution, à moins que le cas n'ait été prévu par les statuts et l'ordonnance d'autorisation, ne peut appartenir qu'aux administrateurs et à l'assemblée générale de tous les actionnaires ou de ceux des actionnaires qui, d'après les statuts, ont droit de représenter la société.

SECTION IV.

De la Dissolution d'une société par la mort naturelle ou civile d'un des associés.

1056. La mort d'un des associés doit dissoudre la société. Les rapports que produit le contrat de société ne consistant pas seulement dans une communauté d'intérêts, mais dans une réunion volontaire des personnes, celui qui s'est associé avec *tel*, n'a pas voulu, s'il ne s'en est expliqué, l'être avec *tel* autre, ni, par conséquent, avec les héritiers de son associé, qu'il ne pouvait connaître lorsqu'il a contracté. On n'excepte de cette règle que le cas où le but de la société ayant été de contracter des obligations envers des tiers, leur intérêt forcerait les associés survivants à continuer, avec les héritiers du prédécédé, l'exécution des engagements pris en commun envers les tiers.

1057. Mais en appliquant ce principe à chacune des espèces de sociétés que nous avons considérées dans le titre précédent, on peut croire, avec quelque apparence de fondement, qu'il doit être limité aux sociétés en nom collectif, dans lesquelles les associés étant appelés à concourir à la gestion dont ils sont tous solidairement responsables, la probité, l'intelligence de chacun, ont pu être réciproquement prises en considération. En effet, la société en commandite ne suppose point, de la part des gérants, une confiance personnelle dans les associés commanditaires; et comme l'intérêt et les droits de ceux-ci, exclusivement limités à leur mise, ne semblent point modifiés par leur décès, on peut croire que leurs héritiers, appelés à prendre leur place, n'ont pas droit de prétendre que ce décès a dissous la société, et que les associés solidaires ne peuvent aussi exciper de cet événement.

Ces raisons de douter nous semblent néanmoins devoir céder à d'autres plus décisives. La personne, le caractère des commanditaires sont envisagés lorsqu'on forme cette espèce de société. Ces associés sont nécessairement appelés, avec plus ou moins d'étendue, aux comptes annuels, aux assemblées, pour la fixation des profits et pertes, à la connaissance de l'état des affaires, comme on l'a vu nº 1031. La surveillance, le droit de demander la rupture pour inexécution des engagements, qu'on ne peut leur contester, celui de faire valoir leurs droits ou leurs prétentions, lorsqu'il faut liquider, sont plus ou moins rigoureusement exercés. On peut être sûr qu'ils ne seront jamais un objet de chicane de la part de *telle* personne; on peut en redouter l'abus de la part de *telle* autre. La difficulté de concilier diverses volontés substituées à celle d'un seul avec qui on a originairement traité; la défiance facile à prévoir dans des héritiers qui n'ont plus les raisons d'estime et de confiance qui avaient dirigé leur auteur; les entraves que peut amener, à chaque incident, la presque impossibilité de transiger facilement avec des mineurs, sont donc autant de motifs qui ne permettent pas d'excepter les commandités de la règle générale.

On objectera peut-être que ces raisons ne militent qu'en faveur des commandités; que c'est à eux de juger s'ils ont quelque sujet de redouter, dans une continuation de société avec les héritiers du commanditaire, des difficultés auxquelles ils ne s'attendaient point de la part de celui-ci; que ces motifs, tous dans leur intérêt, ne peuvent servir aux héritiers du commanditaire pour prétendre que la mort de leur auteur a dissous la société. Mais, par cela seul que les commandités sont, s'ils y trouvent intérêt, fondés à

dire que la mort du commanditaire a dissous la société, les héritiers de celui-ci doivent jouir de la même faculté. Il ne peut y avoir de droits résultant de la nature d'un acte synallagmatique qui ne soient réciproques. Vainement ajouterait-on que des héritiers sont obligés de laisser entre les mains des débiteurs de celui qu'ils représentent le montant des sommes qu'il a prêtées, jusqu'à l'échéance! Celui qui a prêté est créancier; son droit est fixé; il peut être exercé par lui, ou son héritier, sur tous les biens du débiteur. L'associé en commandite, et, par suite, son héritier, n'a droit que sur l'actif de la société; si le fonds social, composé des mises respectives, est absorbé et péri, il perd sa mise et ne peut agir sur le reste de la fortune des associés commandités. Le commanditaire n'est pas un simple créancier de la société, puisqu'il ne peut rien en retirer que les créanciers ne soient payés; et lors même que la société présente un actif, ce n'est pas encore comme créancier qu'il y prend part, c'est comme copropriétaire.

Il n'y a donc aucun motif fondé pour que la société en commandite ne soit pas dissoute par la mort d'un des associés, à moins qu'elle n'ait été formée par actions, conformément à ce que nous avons dit nos 973 et 1033. Les associés dans ce cas ayant, par cela seul, consenti que chacun d'eux pût se substituer qui il voudrait, sans l'autorisation des autres, il est naturel d'en conclure que les héritiers d'un associé le remplacent de plein droit, de même que l'eussent fait des cessionnaires de ses actions

1058. On voit, du reste, qu'il faut en conclure que jamais la mort d'un associé ne peut être un motif de dissolution d'une société anonyme; il est de l'essence de cette société que les droits de chacun soient cessibles à son gré, sans l'intervention ni le consentement des autres.

Quant aux associations en participation, c'est d'après l'espèce de la convention, selon qu'on pourra croire que les parties ont plus ou moins envisagé des relations personnelles et une confiance individuelle, qu'on devra prononcer. En général, la dissolution n'aurait lieu que si le défunt avait été chargé d'un travail personnel qui ne pourrait plus être exécuté; encore avons-nous vu, nos 689 et 692, un cas d'exception à ce principe, relativement aux engagements des gens de mer, au fret ou au profit.

1059. Nous avons vu, n° 973, qu'une convention pouvait établir que la société se continuerait entre les survivants et les héritiers du prédécédé. La dissolution ne s'opérerait pas, alors même que ces héritiers seraient mineurs. Mais cette clause ne s'étendrait pas au légataire; il ne pourrait profiter de cette disposition que dans le cas où l'acte de société lui aurait attribué ce droit. L'héritier bénéficiaire ne pourrait aussi invoquer l'effet de cette stipulation : la succession qu'il est appelé à administrer est, en quelque sorte, en déconfiture; ses rapports avec la société n'auraient plus la liberté si nécessaire dans les opérations commerciales, et n'offriraient plus, surtout, la garantie que le défunt présentait dans sa personne. Dans tous les cas, les héritiers majeurs ou mineurs d'un associé ne pourraient prétendre conserver la gestion confiée à celui qu'ils représentent : il faudrait qu'une délégation personnelle les y autorisât.

Lors même que la continuation de société n'aurait pas été convenue, les héritiers d'un associé pourraient souffrir que leur nom fût employé dans les actes postérieurs au décès de leur auteur, ou prendre part à des affaires tout-à-fait indépendantes de celles qui étaient commencées lors de son décès. On suivrait, pour déterminer la nature et l'étendue de leurs obligations, les règles que nous avons données n° 1009.

1060. L'effet de la mort de l'un des associés est de dissoudre la société même entre les survivants. Une fois qu'elle ne peut plus se continuer entre les mêmes personnes, et de la manière qu'elle a été formée, on ne peut obliger les survivants à prolonger leurs rapports. Il est possible que quelqu'un des associés ne se soit engagé qu'en considération de la personne, du travail ou de l'industrie du défunt, qui avait eu la principale influence sur la totalité ou sur partie des opérations de la société.

Mais si les associés ont stipulé que la société continuera entre les survivants, les héritiers du prédécédé ne peuvent réclamer que la part de celui à qui ils succèdent, suivant l'état des affaires existant au moment du décès; et réciproquement les créanciers, pour des causes postérieures au décès, ne peuvent prétendre de droits contre eux, à moins qu'ils ne résultent d'affaires commencées avant la dissolution. La société continue alors entre les autres associés, de

la même manière qu'elle existait avant le décès; les rapports ne sont point modifiés.

CHAPITRE II.

De la Dissolution conventionnelle.

1061. La dissolution conventionnelle d'une société doit résulter d'un consentement unanime, à moins qu'une des clauses sociales ne porte que la majorité pourra, par une délibération, dissoudre cette société, soit à sa volonté, soit en certains cas prévus. Il n'y a, dans ces circonstances, d'autres règles à observer que celles qui ont pour objet de donner à cette dissolution une publicité qui garantisse les tiers de toutes fraudes; et, comme ces règles sont dans le seul intérêt de ces tiers, rien n'empêche que la dissolution ne soit valable entre les associés, sans que ces formalités aient été accomplies. Mais si la société était du nombre de celles qui doivent être rédigées par écrit, la preuve verbale ou les présomptions ne suffiraient pas pour prouver la dissolution.

Il ne faut pas cependant considérer toujours comme dissolution d'une société, entre les associés, certains arrangements qu'ils prennent, par lesquels ils divisent entre eux les marchandises qui en faisaient le fonds, pour les vendre chacun séparément. Ce cas peut se présenter principalement dans les associations en participation. Ainsi, un tiers, dans le cas que nous avons vu n° 1049, pourrait prétendre et établir que les opérations entreprises ne sont point encore achevées, et qu'après les avoir commencées en commun, les participants en ont divisé la gestion entre eux, sans liquider leurs comptes.

De même, s'il avait été convenu entre les associés que leurs mises ou leurs avances produiraient *tel* intérêt, jusqu'à la dissolution de la société, celui qui a stipulé cette clause pourrait prétendre que ces arrangements particuliers entre les associés n'ont pas opéré une dissolution. En effet, de ce que les associés ont agi séparément, il serait peu exact d'en tirer la conséquence d'une dissolution de société. Ce fait extérieur pourrait la faire présumer, mais seul il ne la prouverait pas. Si les comptes respectifs des associés n'avaient pas été balancés et réglés; si rien n'annonçait la volonté de rompre les rapports sociaux, le seul fait que les associés ont agi séparément ne suffirait pas pour détruire la présomption plus forte qui résulte de la non échéance du terme fixé pour la société.

CHAPITRE III.

De la Dissolution demandée par quelques associés.

1062. La dissolution de la société peut être demandée par un ou quelques associés, contre les autres, même en majorité, soit d'après la seule volonté des provoquants, soit d'après des motifs allégués, et dont les arbitres doivent apprécier la valeur : ce sera l'objet de deux sections.

SECTION PREMIÈRE.

De la Dissolution par la seule volonté d'un des associés.

1063. Lorsqu'une société a été contractée sans aucune limitation de temps, ou sans détermination d'un objet désigné, les associés sont présumés avoir voulu qu'elle ne fût dissoute que par la mort ou par des causes jugées légitimes. Mais, pour éviter les inconvénients attachés à une communauté d'intérêt qui durerait pendant toute la vie des associés, et surtout les difficultés qui s'élèveraient le plus souvent entre des associés désunis, on a permis qu'un seul pût en demander la dissolution, en notifiant aux autres qu'il n'entend plus demeurer en société. Il ne faut pas même exclure de cette faculté les sociétés dans lesquelles l'intérêt aurait été accordé à l'un des associés, par contrat de mariage, sous prétexte qu'il ne peut être apporté de changement aux conventions matrimoniales.

Mais ce principe doit être entendu avec les modifications qui résultent des clauses sous la foi desquelles la société a été contractée. Ainsi, lorsque l'acte social assure aux associés qui ne veulent plus faire partie de la société, les moyens d'en sortir, en vendant leurs parts à des tiers, soit sans

offrir la préférence à la société, soit après la lui avoir offerte, un associé ne nous semblerait pas fondé à demander la dissolution, malgré les autres associés qui s'y refuseraient; cette dissolution ne pourrait être que le résultat de la volonté de la majorité. Cette règle que nous croyons vraie, dans son application à toute espèce de société qui contiendrait la faculté pour les associés de vendre leurs parts, serait, à plus forte raison, applicable aux sociétés pour exploitation de mines ou autres concessions de ce genre qui seraient totalement anéanties, si un associé pouvait à son gré provoquer la dissolution, tandis qu'il trouve dans les clauses mêmes du contrat la faculté de cesser d'être associé, si cette situation lui déplaît, sans compromettre l'existence du corps social [1].

Lorsqu'on n'est point dans ce cas d'exception, il faut, pour que la demande en dissolution soit admissible, que deux choses concourent: 1° que la renonciation soit faite de bonne foi; 2° qu'elle ne le soit pas à contre-temps.

Une renonciation n'est pas faite de bonne foi lorsque l'associé renonce pour s'approprier à lui seul le bénéfice que tous s'étaient proposé de retirer. Ce serait aux arbitres à apprécier des circonstances susceptibles de varier autant que l'intérêt ou la volonté des parties.

Il faut, en second lieu, que la renonciation ne soit pas faite à contre-temps, c'est-à-dire à une époque où les choses n'étant plus entières, il est de l'intérêt de la société d'attendre des circonstances plus favorables. Pour juger si une renonciation est faite à contre-temps, il faut considérer l'intérêt de la société, et non l'intérêt particulier de celui qui provoque la renonciation.

Il pourrait même se faire que l'objet de la société s'opposât à ce que la renonciation de l'un des associés pût jamais être de bonne foi ou autrement qu'à contre-temps. En effet, quand l'objet mis en société, tel qu'une somme d'argent, des marchandises, etc., est susceptible d'une séparation facile, chacun reprenant sa propriété, le pacte social peut être rompu sans inconvénients. Mais s'il s'agit d'un secret d'art, qui ait été mis en société par l'un des associés, l'impossibilité où serait ce dernier de reprendre sa mise tout entière, et la nature même de cette mise, commandent une exception. La maxime qu'on peut toujours se séparer, est donc subordonnée au principe de justice et d'équité, que la retraite d'un associé ne doit pas nuire aux autres. Autrement, cette rupture donnerait lieu à des dommages-intérêts. On invoquerait en vain la liberté naturelle, qui ne permet pas des liens indéfinis: chacun se doit, avant tout, à la foi de ses engagements.

1061. La renonciation qu'un associé fait à la société n'en opère la dissolution que si elle est notifiée à tous les autres. Lorsqu'on a omis de la signifier à un seul, la société continue à son égard, s'il y trouve intérêt, non-seulement avec le renonçant, mais encore avec ceux auxquels la renonciation a été notifiée. Cette notification doit être constatée par écrit, soit par exploit d'huissier, à personne ou à domicile, soit par un acte sous signature privée, dans lequel les autres reconnaîtraient que leur coassocié a manifesté son intention.

Lorsque la renonciation à la société peut être susceptible de quelque contestation, il est de la prudence de celui qui l'a faite, d'assigner pour statuer sur sa validité. Car, si depuis la signification de cette renonciation, les affaires sociales étaient devenues mauvaises, et que les autres associés fissent juger qu'elle a été intempestive, il supporterait les pertes pour sa part; si, au contraire, la société avait fait des gains, et que les autres associés n'invoquassent pas la nullité, il ne pourrait révoquer ni critiquer sa déclaration; il aurait dégagé les autres envers lui, quoiqu'il ne se fût pas dégagé envers eux.

On convient assez souvent, dans les actes de société, que celui qui en provoquera la résolution paiera aux autres une indemnité, par forme de dédit; il n'est pas douteux que, dans ces cas, l'associé renonçant n'y soit tenu. Mais c'est pour se garantir mutuellement contre le caprice ou l'inconstance, que les associés font de telles stipulations, et non pour punir celui qui fonderait sa demande sur des événements indépendants de sa volonté, ou de nature à faire prononcer la dissolution.

Hors le cas dont nous venons de parler, un associé ne peut, malgré les autres, et sans alléguer de motifs jugés valables, ainsi qu'il sera dit dans les sections suivantes, se retirer d'une société, ou, ce qui est la même

[1] Rejet, 7 juin 1830, J. du 19e s., 1830, 1e, p. 294.

chose, sans payer des dommages-intérêts aux autres; car il en serait ici comme des obligations de faire, conformément à ce qui a été dit n° 187.

SECTION II.

De la Dissolution fondée sur des causes alléguées.

1065. En règle générale, lorsque la durée de la société a été déterminée par la convention, un associé ne peut obtenir la dissolution que par de justes motifs. On doit mettre au premier rang de ces motifs, la faillite d'un des associés, le manquement de l'un des associés à ses engagements envers la société, les infirmités qui le rendent incapable de remplir les obligations sociales, l'effet d'une clause résolutoire : mais ce ne sont pas là les seuls; et les autres, qu'il est moins facile de prévoir, sont laissés à l'appréciation des arbitres.

Les événements que nous venons d'indiquer, ou les motifs légitimes, ont cela de commun qu'ils ne produisent pas la dissolution de plein droit, mais que seulement ils fournissent à celui qui veut en exciper, un moyen de demander cette dissolution. Il en est même qui ne donnent pas à chacun des associés le droit de former cette demande. Celui à qui on peut les imputer, dans un degré plus ou moins étendu, ne serait pas admissible à les invoquer, pour faire prononcer la dissolution sans le consentement des autres associés.

1066. La faillite d'un des associés nous semble donc un motif suffisant pour ses coassociés de provoquer la dissolution de la société. Ils ne trouvent plus dans cet associé les garanties que leur offrait son état de solvabilité.

Mais ces raisons, qu'il est inutile de développer, applicables dans toute leur étendue aux sociétés en nom collectif, ne le seraient qu'avec quelques modifications aux autres espèces de société. Ainsi la faillite d'un commanditaire qui aurait versé sa mise ne pourrait être, pour ses associés, un motif de demander contre lui la dissolution de la société, puisque son insolvabilité ne leur ferait courir aucun risque; si, au contraire, il n'avait pas encore complété son versement, le droit de provoquer la dissolution serait fondé sur les principes que nous établirons n°s 1067 et suiv., en parlant de l'inexécution des engagements d'un associé. De même, dans les sociétés anonymes, la faillite d'un associé n'empêcherait pas la continuation de la société avec ses créanciers, qui peuvent le représenter et vendre son action, si bon leur semble. Enfin, par suite de ce qui vient d'être dit, le participant non failli peut prendre la suite des opérations que le failli avait commencées pour leur compte commun, les suivre jusqu'à leur fin avec la masse et partager avec elle les profits et les pertes.

Mais la masse du failli qui se trouve à ses droits, comme des héritiers bénéficiaires sont aux droits de leur auteur, qui peut même avoir intérêt à liquider, pour réunir toutes les parties de l'actif du failli, ou pour connaître l'étendue de ses obligations, serait-elle fondée à prétendre aussi que l'événement de cette faillite l'autorise à demander, malgré les autres associés qui veulent continuer la société, la liquidation, et que le fait de la faillite a, dès le même instant, et de plein droit, dissous la société, ainsi qu'on l'a vu, n° 1056, relativement à la mort d'un associé.

On sent bien que cette question ne pourrait s'élever que dans le cas d'une société limitée par son objet ou sa durée; car ce que nous avons dit, n° 1063, sur les sociétés indéfinies, suffirait pour la résoudre, si elle se présentait dans une société de cette espèce.

Quant aux premières, il nous semble que les associés non faillis ont seuls le choix, ou de dissoudre, ou de laisser continuer la société. Néanmoins, on peut opposer à notre opinion que la même règle qui considère la mort comme mettant fin à la société, comprend aussi la faillite; et, d'après ce que nous avons dit n° 1057, que si la faillite donnait seulement aux associés non faillis le droit de demander la dissolution, les choses ne seraient pas égales, la masse des créanciers étant forcée de laisser subsister la société, si les autres associés le veulent, et n'ayant pas le droit réciproque de demander la dissolution, comme le pourraient ces derniers. Mais ne peut-on pas répondre avec avantage, que la faillite n'est pas, comme la mort un événement à la fois nécessaire et naturel. Elle est un fait de celui qui s'en trouve frappé, qui ne peut jamais être pour

lui, ni pour ceux qui sont à ses droits, un moyen de le dégager de ses obligations. En général, la masse des créanciers d'un failli le représente, est tenue de ses charges, n'a pas d'autres droits que les siens. Que les associés du failli puissent déclarer qu'ils ne veulent plus avoir de rapports sociaux et solidaires avec celui qui ne leur présente plus la sûreté réelle et morale sur laquelle ils ont compté, lorsqu'ils ont contracté avec lui, rien de plus juste, de plus conforme aux vrais principes que nous développerons dans la partie suivante! Mais qu'un associé, ou, ce qui est la même chose, ses créanciers, qui ne sont que ses représentants, se fondent sur l'état d'insolvabilité dans lequel il est tombé pour prétendre dissoudre la société dont il était membre, c'est, dans notre opinion, ce que ni les principes du droit ni l'équité n'autorisent.

Sans doute la faillite rend exigibles toutes les dettes du failli; mais elle ne donne pas à la masse le droit de forcer les débiteurs de ce failli à payer avant le terme : sans doute encore les créanciers d'un associé peuvent exercer ses droits, mais seulement comme il l'eût fait lui-même; et ils doivent attendre l'époque fixée par la convention, pour provoquer la liquidation et le partage.

L'injustice qu'on suppose dans ce défaut de réciprocité qui laisse au choix des seuls associés du failli le droit de demander ou de ne pas demander la dissolution, n'a rien de réel. Dans tous les contrats, l'inexécution des devoirs imposés à l'un, donne à l'autre seul le droit d'invoquer la résolution. Jamais ce droit n'appartient à celui qui a manqué d'exécuter ses engagements. Si l'acquéreur d'un immeuble tombe en faillite, le vendeur non payé a droit de faire résilier la vente; et certes, ce droit n'appartient ni au failli, ni à ses créanciers.

Il ne nous paraît donc pas douteux que, lorsqu'un individu tombe en déconfiture ou en faillite, ses coassociés ne soient fondés à provoquer contre lui, ou contre la masse de ses créanciers qui le représentent, la dissolution de la société. S'ils préfèrent de ne pas la provoquer, ils peuvent priver le failli de l'administration qui lui aurait été confiée; demander que ce qui formait le fonds social soit séparé de la masse du failli, et s'attribuer la direction de la société; ou lui ôter le droit de souscrire des engagements sociaux, quand ce droit appartient à tous : mais, dans l'intérêt des tiers, il faut rendre ce changement public par affiches, conformément à ce qui a été dit n° 1006. Néanmoins, la faillite n'étant pas, à proprement parler, un fait entièrement volontaire, mais, le plus souvent, la suite d'un concours fortuit de circonstances, les coassociés ne nous paraîtraient pas fondés à demander des dommages-intérêts, comme ils en auraient le droit si un fait purement volontaire amenait la dissolution de la société.

A plus forte raison faudrait-il décider, d'après les motifs qui viennent d'être expliqués, que la faillite d'un des associés ne dissout pas la société entre les autres qui ont continué les opérations sociales depuis cet événement (1).

1067. Un contrat de société imposant à chacun des obligations réciproques, celui qui ne remplit pas ses engagements donne aux autres le droit de demander la dissolution de la société et des dommages-intérêts.

Nous avons vu, n° 986 et suiv., comment cette règle s'appliquait au cas où un associé n'exécutait pas l'obligation d'effectuer sa mise. Il annonce alors qu'il ne veut pas tenir l'engagement sous la foi duquel la société a été contractée avec lui; il donne ouverture à la clause résolutoire sous-entendue dans tout contrat synallagmatique, et ses associés peuvent obtenir contre lui des condamnations pécuniaires, dont le montant est proportionné à l'intérêt qu'ils avaient à ce que la société eût ses effets, et au tort qu'ils en éprouvent. Mais aussi, lorsqu'un cas fortuit ou une force majeure l'a empêché d'exécuter son engagement, on a vu, n° 988, qu'il n'était tenu d'aucune indemnité.

De même, un associé qui se soustrait, avec opiniâtreté, à l'accomplissement d'obligations qu'il devait remplir, pour le plus grand avantage des affaires communes, qui a agi frauduleusement, abusé de la raison sociale ou qui a été frappé de condamnations susceptibles de flétrir sa réputation, peut être exclu de la société.

On pourrait assimiler à ce cas un discord entre les associés, tel que, d'après les principes expliqués n°ˢ 979 et suiv., il fût impossible qu'aucune opération pût avoir lieu; il est évident que la dissolution pourrait être provoquée et prononcée par ce motif.

1068. L'infirmité habituelle d'un associé qui ne pourrait plus donner aux affaires de

1 Rejet, 17 fév. 1830.

la société les soins personnels qu'il a promis, l'autoriserait à demander de se retirer, et, par une juste conséquence, fonderait la demande des autres contre lui. L'interdiction prononcée contre l'un des associés serait pour son tuteur un motif de provoquer une liquidation qui le mît hors d'intérêt. Des raisons d'analogie nous portent à croire qu'il faudrait assimiler à ces cas celui où un associé qui a promis ses soins serait enlevé à ses affaires, par la nécessité d'un service militaire comme nous l'avons déjà dit, n° 520, relativement à l'apprentissage. Il y aurait une sorte d'extinction de sa mise, une force majeure qui ne libère pas moins le débiteur d'une obligation de faire, que celui d'une obligation de livrer.

Ce serait encore un cas de retraite légitime que celui où un associé ne voudrait pas effectuer l'augmentation de mise votée par la majorité et non prévue par l'acte social : on suivrait, à cet égard, les règles que nous avons données n° 995.

L'événement d'une condition résolutoire prévue par le contrat peut aussi fonder la demande en dissolution de société ; c'est aux arbitres à décider, d'après les termes de la convention, si cet événement est réellement arrivé, et quels doivent en être les effets.

1069. Quoique ces causes ne produisent pas une dissolution de droit, comme nous l'avons dit n° 1065, il en est cependant qui sont tellement péremptoires, qu'il ne reste aux arbitres qu'à la prononcer sans autre examen : telles sont la faillite, l'interdiction. Il en est d'autres qui doivent être examinées ; et si les motifs de dissolution, laissés à l'appréciation des arbitres, sont jugés légitimes, l'effet en remonte au jour de la demande.

La nature particulière des sociétés en commandite nous amène à traiter ici une question que nous avons indiquée n° 1032. On a vu que dans ces sociétés, s'il y a plusieurs associés gérants et en nom, la société est à la fois société en nom collectif à leur égard, et société en commandite à l'égard des simples bailleurs de fonds. Dans une telle position, si l'un des associés solidaires et en nom veut se retirer, suffit-il que sa retraite soit consentie par les autres gérants ?

On peut dire que ces derniers ont seuls un véritable intérêt, puisqu'ils sont seuls indéfiniment responsables. Cependant il nous semble qu'on ne doit pas s'arrêter à cette considération, et que ce système pourrait même être une source d'abus et de fraude au préjudice des commanditaires. Ils ont constitué chaque gérant pour leur mandataire ; aucun d'eux ne peut donc renoncer à son mandat sans leur consentement, ou sans motifs légitimes ; mais ces motifs doivent être appréciés. Ils existeraient, par exemple, dans le cas où un des gérants, justifiant que la société est en déficit, et opinant pour sa dissolution, les autres rejetteraient cette proposition et voudraient contracter des emprunts, de nouvelles dettes. Ce gérant ne peut être contraint à continuer des opérations onéreuses, et dont le fardeau ne retombera pas sur les commanditaires ; ce motif ou tous autres de ce genre sont évidemment légitimes. Mais s'ils n'existent pas, il n'est pas fondé à se retirer ; ou, ce qui revient au même, il continue d'être responsable de l'administration des autres gérants.

Dans les cas de dissolution, pour des causes dont il vient d'être parlé, deux questions assez importantes, peuvent s'élever : la première si, lorsqu'un associé se trouve dans un cas qui autorise les autres à former contre lui une demande en dissolution de la société, un seul pourrait intenter cette demande malgré la majorité ; la seconde si, lorsque l'exclusion d'un associé a été prononcée sur quelque provocation que ce soit, un des associés restants pourrait provoquer contre les autres la dissolution totale de la société, en invoquant les principes que nous avons donnés n° 1060.

Ces deux questions nous semblent devoir se résoudre par la combinaison des principes sur les droits des associés dans les affaires communes, et ceux qu'a la majorité de régler les points sur lesquels tous ne sont pas d'accord ; les circonstances devraient aussi être prises en considération par les arbitres à qui la décision de la difficulté serait soumise.

TITRE IV.

DES SUITES ET DES EFFETS DE LA DISSOLUTION D'UNE SOCIÉTÉ.

1070. On peut considérer les suites et les effets de la dissolution d'une société sous deux points de vue. Les associés cessent, non-seulement d'avoir les rapports et les droits respectifs que la société avait créés, de telle manière qu'à la seule exception des actes ou opérations que la conclusion d'affaires commencées et la liquidation sociale rendent nécessaires, ceux même qui avaient eu, pendant la durée de la société, le droit de signer sous la raison sociale, commettraient un faux s'ils continuaient de l'employer [1]. Mais encore, ils doivent, par une liquidation et un partage, mettre fin, d'une manière absolue, à la communauté qui existe entre eux. Ce sera l'objet du premier chapitre.

Quoiqu'en général des associés, en se séparant, n'aient ni le droit ni le pouvoir de changer leurs obligations et leur qualité envers ceux avec qui ils ont traité, cependant la nature particulière des sociétés apporte à cette règle quelques modifications que nous ferons connaître dans le second chapitre.

CHAPITRE PREMIER.

Effets et Suites de la dissolution d'une société entre les associés.

1071. Tout associé est fondé à demander à ses coassociés ou à leurs héritiers, qu'il soit procédé aux compte et partage des choses communes. Mais on doit s'entendre sur les opérations à finir. Si les parties ne peuvent y parvenir, les opérations résolues, soit par une délibération, soit par tout autre mode légal et obligatoire, quoique non commencées, seraient considérées comme affaires communes, s'il en résultait déjà des droits et des obligations pour toute la société.

1 Cass., 28 germinal an XIII. — Cass., 16 oct. 1806. Sirey, 6, 2e, p. 582. Dalloz, t. 15, p. 434.

Si, par exemple, il a été envoyé un chargement à la Martinique, avec instruction d'en employer le prix à l'achat et à l'envoi de marchandises, et qu'avant le retour du navire, ou même pendant le voyage d'aller, un associé vienne à mourir, ses héritiers auront part aux retours, soit pour le bénéfice, soit pour la perte. C'est par suite de ce principe que nous avons vu, n° 692, que la mort d'un homme de mer, engagé au fret ou au profit, n'empêchait pas que ses héritiers ne partageassent les produits de la navigation, comme il l'eût fait lui-même.

Suivant les mêmes principes, si, depuis la mort de l'un des associés, l'autre a fait quelque nouveau marché avantageux relatif au commerce pour lequel la société avait été contractée, mais indépendant de toute opération antérieure, l'héritier du défunt n'y pourra prétendre aucune part; et réciproquement, si le marché était désavantageux, on ne pourrait aussi lui faire rien supporter dans la perte.

1072. Les actions que le contrat de société donne droit à chaque associé d'exercer contre les autres, soit pour faire opérer la liquidation, soit pour faire rendre compte de quelque gestion particulière, etc., ne sont point soumises à une prescription autre que les actions personnelles; elles subsistent trente ans.

Celui qui provoque la liquidation et le partage doit agir contre tous ses coassociés : s'il n'en avait assigné qu'un seul, celui-ci serait fondé à requérir, par exception, que le demandeur mette en cause tous les autres, le partage ne pouvant avoir lieu partiellement.

Pour atteindre ce but, il faut, comme dans toute opération de partage, établir la masse à diviser. Mais on n'y peut parvenir sans, au préalable, avoir procédé à la liquidation de la société et aux comptes respectifs des associés envers la masse sociale. A cet égard, il y a des règles particulières que nous devons faire connaître.

Ainsi, dans une première section, nous allons parler de la liquidation et des liquidateurs; dans la seconde, des créances que peut réclamer, ou des dettes dont peut être tenu chaque associé envers la société; dans la troisième, de ce qui intéresse le plus la jurisprudence commerciale relativement au partage.

SECTION PREMIÈRE.

De la Liquidation et des Liquidateurs.

1073. Il n'est point de sociétés dont les affaires soient réglées avec assez d'exactitude, et tellement *à jour*, que, dès l'instant de la dissolution, tout ce qui lui est dû, tout ce qu'elle doit, soient déterminés d'une manière précise, et qu'il n'y ait ni contestation à essuyer, ni vérifications à faire, ni comptes à arrêter. Il faut donc faire ce qu'on appelle une *liquidation*, expression sur le sens de laquelle on ne s'est jamais mépris dans le commerce. Les associés ont droit, si l'acte de société n'y a pas pourvu, ou si les mesures qu'il a déterminées ne peuvent, par l'effet de quelques circonstances, recevoir leur exécution, d'aviser aux moyens de liquidation; mais provisoirement il est du devoir des administrateurs de dresser, l'état des affaires, au moins par aperçu, d'arrêter les livres et les comptes, en un mot de préparer tout ce qui peut éclairer sur la liquidation à faire.

Un ou plusieurs associés peuvent être nommés liquidateurs, soit par l'acte de société même, soit par celui de sa dissolution, si elle est conventionnelle, et à défaut de stipulation, par une décision d'arbitres qui, comme nous l'avons dit nº 1001, sont les seuls juges des contestations entre associés.

L'associé désigné pour faire cette liquidation, par l'acte de société ou par convention postérieure, peut être requis par ses coassociés de donner caution, s'il n'en a été dispensé par l'acte de sa nomination; et les arbitres peuvent l'y condamner, si les autres offrent de se charger de la liquidation, en fournissant ce cautionnement.

Lorsqu'il s'agit de prononcer entre plusieurs associés qui prétendent à la liquidation et n'ont point de droits fondés sur une convention sociale, la principale règle qu'on puisse proposer aux arbitres, est de préférer toujours un des associés survivants aux héritiers d'un associé; à égalité de droits de préférer celui qui, pendant la durée de la société, était spécialement chargé de l'administration, et surtout de la partie d'administration qui a le plus de rapports avec ce qui doit constituer la liquidation sociale; ou celui qui a créé l'établissement et a admis les autres en société; ensuite, celui qui a fait la plus forte mise, ou, si elles sont égales, celui qui a fait les plus fortes avances. ou dont le compte courant obligé était le plus considérable; en un mot, celui qui, par sa position, offre le plus de garanties d'une exacte gestion.

Si ces diverses circonstances n'existent pas, ou ne servent pas à établir une préférence, ceux dont les noms entraient dans la raison sociale doivent être préférés à ceux dont les noms n'en faisaient pas partie; parmi eux enfin, celui dont le nom était placé le premier. Dans ces derniers cas, les arbitres peuvent ordonner, suivant les circonstances, que la liquidation sera faite en commun.

On sent la nécessité d'actes qui prouvent ce choix, et donnent au liquidateur un droit que les tiers ne puissent contester : car il est évident que ceux contre qui il agira, en cette qualité, pourront exiger qu'il justifie de sa nomination, puisque ces tiers ont intérêt, surtout s'ils sont débiteurs, à se libérer valablement. Aussi les circulaires qu'on écrit en annonçant la dissolution d'une société, ne manque-t-on jamais de faire connaître aux correspondants quel est le liquidateur; et la même précaution est prise dans les affiches de dissolution.

Les fonctions de liquidateur sont un mandat : il ne peut donc, sans le consentement de tous les autres anciens associés, se substituer quelqu'un; et s'il meurt, ses pouvoirs ne passent point à ses héritiers.

1074. Il est convenable qu'un inventaire général de l'actif et du passif précède l'entrée en fonctions du liquidateur, puisque, sans cela, il serait difficile d'apprécier sa conduite et de juger sa responsabilité. Cet inventaire doit détailler les marchandises et effets mobiliers, l'argent, les lettres de change, les dettes actives et passives, tou. l'actif mobilier et immobilier, et tout le passif de la société.

Ce que nous venons de dire du liquidateur apprend assez qu'il est tenu des obligations d'un mandataire, et soumis à une responsabilité semblable à celle d'un gérant. Il est donc tenu, après l'inventaire, de procéder au recouvrement des dettes actives, et à la vente des marchandises, jusqu'à concurrence de ce qui est nécessaire pour acquitter le passif.

Il demeure garant et responsable du défaut de diligences pour tous les effets négociables et autres, qu'il laisserait péricliter par sa faute. Il doit régler avec chaque créancier, ce qui lui est dû par compte courant

ou de tout autre manière, et faire les mêmes opérations avec chacun des associés, tant ceux qui ont des comptes courants, que ceux qui pourraient, à un titre quelconque, être créanciers ou débiteurs de la société.

La liquidation se fait aux frais de la société, et le liquidateur acquitte les dépenses sur les sommes rentrées. Il doit employer tout le reste à payer les dettes passives, loyers, ou autres obligations sociales envers les tiers. Si les recouvrements offrent un excédant, on le répartit entre les associés qui ont des comptes courants libres jusqu'à ce qu'ils soient soldés; puis, de la même manière, entre les associés qui ont des comptes courants obligés; puis enfin, entre tous, dans la proportion de leurs mises.

Aucun associé n'a droit aux répartitions, tant qu'il n'a pas payé ce dont il est redevable envers la société, à quelque titre que ce soit.

Il est convenable que le liquidateur dresse, de temps à autre, des états de situation par lui certifiés et signés, que puissent vérifier, au besoin, les autres associés qui conservent le droit de consulter les livres, titres, papiers et documents. Nous expliquerons, dans la section suivante, comment la liquidation se fait à l'égard des associés; il suffit de dire qu'en supposant qu'il n'y ait aucune difficulté dans l'application de ce que nous avons à dire, ou que s'il s'en élève, elles soient terminées, le dernier état de situation et de répartition signé de tous les associés, contient la décharge du liquidateur.

1075. Il peut s'élever des doutes sur l'étendue des pouvoirs du liquidateur, qu'on résoudra facilement à l'aide de quelques règles très simples.

Lorsqu'un associé a été chargé, soit par ses coassociés, soit à défaut de convention ou d'accord, par les arbitres [1], ainsi qu'on l'a vu n° 1073, de liquider les affaires communes, il n'est pas présumé, à l'égard des tiers qui ont des comptes à régler et à liquider avec la société, avoir des pouvoirs moins étendus qu'elle n'en avait elle-même; et si à cet égard quelque pouvoir spécial, sur des choses qui sortent du cercle ordinaire de l'administration, lui avait été donné pendant la durée de la société, ce liquidateur continuerait de les avoir jusqu'à ce qu'ils eussent été révoqués; le fait de la dissolution ne les aurait pas anéantis. Il est la société tout entière en tout ce qui tend à régler d'une manière définitive ce qu'elle doit, ou ce qui lui est dû; et les assignations qui auraient été données à cette société, au siége de son établissement, tant qu'elle subsistait, peuvent l'être alors au domicile du liquidateur.

Ainsi, lorsqu'au moment de la dissolution, il existait des opérations commencées, le liquidateur est suffisamment autorisé par son mandat à les terminer; et si, pour arriver à ce but, de nouvelles négociations étaient nécessaires, il serait encore autorisé à y procéder, pourvu que cette nécessité fût justifiée.

Il peut arriver, soit lorsque l'actif de la société n'est pas suffisant pour acquitter le passif, soit lorsque ce passif est exigible à une époque rapprochée, tandis que l'actif est d'un long recouvrement, que le liquidateur ait besoin de fonds pour acquitter les engagements communs; il use ordinairement du droit de tirer des lettres de change sur ses cointéressés, qui ne peuvent en refuser l'acceptation et le paiement, lorsqu'elles sont causées pour liquidation de la société, qu'en contestant les droits du tireur. Par la même raison, s'il n'use pas de cette faculté, il peut faire, en exprimant sa qualité de liquidateur, des emprunts, sauf sa responsabilité envers ses coassociés. Les créanciers avec lesquels il aurait ainsi contracté auraient une action personnelle contre lui [2]; et de plus ils auraient contre les non-liquidateurs tous les droits qu'aurait le liquidateur lui-même. Mais aussi ils devraient subir les exceptions que le tiré aurait pu opposer à ce liquidateur, si, au lieu de tirer une lettre de change, il avait formé une action principale et directe en versement de fonds. On voit, par là, en quoi consiste la différence entre les engagements contractés par un liquidateur, et ceux d'un associé gérant. Tant que dure la société, le gérant s'oblige par des actes souscrits du nom social, suivant les règles expliquées n° 1022, sans que les membres de la société puissent opposer aux tiers d'exceptions du chef du gérant. Au contraire, après la dissolution, le liquidateur n'est qu'un mandataire : il faut qu'il annonce sa qualité, qu'il indique l'objet des actes qu'il souscrit;

[1] Rejet, 17 juin 1823. Sirey, 24, 1e, p. 94; Dalloz, t. 25, p 335.

[2] Cass., 3 août 1819 Sirey, 19, 1e, p. 359; Dalloz, t. 17, p. 213.

et ceux envers lesquels il s'est obligé, en cette qualité, peuvent être repoussés par les mêmes exceptions qui le repousseraient lui-même.

Le liquidateur est également investi du droit de transiger, de compromettre, de choisir des arbitres, de même que la société eût pu le faire par ses gérants [1]. Autrement la liquidation serait impossible dans beaucoup de circonstances. On ne peut croire, qu'en prenant des mesures pour effectuer leur liquidation, les associés aient entendu ou voulu qu'elle ne pût jamais être faite par des voies amiables. Les arrangements, tels qu'ils soient, intervenus entre le liquidateur et les tiers, sur des matières qui étaient l'objet de la liquidation, obligent donc les intéressés, dès qu'ils n'excèdent pas les pouvoirs que des gérants auraient eus à cet égard pendant que la société subsistait. Il suffit de dire que si ce liquidateur n'a pas agi prudemment, s'il a reconnu des dettes contre lesquelles la société avait de légitimes exceptions, si, par collusion ou de tout autre manière, il a fait tort à ses cointéressés, il est responsable envers eux.

Il pourait arriver que des associés, surtout lorsqu'ils ne sont pas nombreux ne nommassent point de liquidateurs; ils seraient présumés avoir voulu faire la liquidation d'après les mêmes règles que celles qui présidaient à l'administration : par conséquent, si tous avaient un droit concurrent d'administration, ainsi qu'on l'a vu nº 1019, ils auraient les mêmes droits dans la liquidation; et les réglements que chacun d'eux aurait faits, sans opposition de l'autre, avec des créanciers ou des débiteurs de la société, devraient être exécutés. Mais il est douteux que, dans cet état de choses, chacun des associés eût le pouvoir de compromettre d'une manière obligatoire pour l'autre. Ils ne sont pas présumés s'être donné des droits aussi étendus qu'en ont des liquidateurs [2].

Il ne faut point perdre de vue, au surplus, que ces pouvoirs, quelque étendus qu'ils soient, n'ont pour but que d'opérer la fixation active et passive de la société. Quant au droit d'aliénation des objets qui lui appartiennent, il serait réglé, soit par l'acte de nomination des liquidateurs, soit par les circonstances et la nature des objets.

Ainsi le liquidateur est nécessairement investi du droit de vendre les marchandises, de recouvrer les effets de portefeuille, de faire rentrer les créances résultant de facture, de comptes courants, etc.

Mais il ne pourrait, sans pouvoir exprès ou du moins présumé par les circonstances, vendre des créances non échues, et à plus forte raison vendre les immeubles sociaux.

SECTION II.

Des Créances et Dettes de chaque associé envers la société.

1076. Les fonctions des liquidateurs sont, comme nous venons de le voir, de déterminer plus particulièrement ce que les tiers doivent à la société, d'en faire le recouvrement, s'il est possible, et d'acquitter ce qu'elle doit. A cette opération succède, lorsqu'elle n'en fait pas partie, la liquidation de ce dont chaque associé est créancier ou débiteur de la société, tant pour des causes qui ont existé pendant sa durée, que pour celles qui ont pu naître légitimement depuis qu'elle est dissoute.

On doit, avant tout, procéder au compte de la gestion de ceux qui ont eu le mandat d'administrer. Les livres qu'ils ont dû tenir, conformément à ce que nous avons dit nº 1018, servent à l'établir. Leur qualité d'associés ne peut les dispenser de justifier, par ce moyen, tout ce qu'ils ont fait, et même, quand cela est possible, d'en rapporter les pièces justificatives; elle peut seulement induire à ne pas user de rigueur. Par exemple, si dans quelques affaires, un gérant portait en dépense des sommes dont l'emploi serait vraisemblable, d'après les circonstances, quoique l'exacte justification ne pût en être faite sans de grandes difficultés, cette vraisemblance, la régularité avec laquelle il aurait tenu les livres où cet article est inscrit, et, s'il en est besoin, son serment, doivent suffire.

On pourrait même être convenu, en confiant quelque affaire spéciale à un des associés, qu'il ne sera pas tenu de rendre un compte articulé, et qu'on s'en tiendra à ses

[1] Cass., 15 janv. 1812, *est contraire*. Sirey, 12, 1e, p. 43 et 113; Dalloz, t. 2, p. 267.

[2] Cass., 8 août 1825. J. du 19e s., 1823, 1e, p. 398.

déclarations. Une telle convention, que ne pourrait invoquer un associé chargé de l'entière gestion de la société, serait exécutée dans ce cas particulier. Mais si cet associé était convaincu d'inexactitude, en quelque chose que ce fût, il devrait être condamné à rendre un compte justifié, sans pouvoir exciper d'une faveur dont il serait devenu indigne.

1077. L'associé qui n'a pas payé en tout ou partie les sommes qui constituaient sa mise, est rangé parmi les débiteurs, tant pour ce qu'il n'a pas payé, que pour les intérêts. Si, sur la demande de ses coassociés, il a été condamné à des dommages-intérêts, il en est également débiteur; mais s'ils ont laissé arriver la fin de la société sans les demander, ils ne seraient plus fondés à en exiger.

Chaque associé doit encore rapporter à la société ce que, depuis la dissolution, il aurait reçu, quoique pour sa part, des débiteurs de la société, parce que, s'il est vrai que toute créance, solidaire lorsqu'elle n'est pas indivisible par sa nature, se divise de plein droit entre ceux à qui elle est due, il est aussi de principe, qu'entre associés, la communauté d'intérêts et de droits, qui s'oppose à ce que l'un rende sa condition meilleure que celle de l'autre, ne permet pas qu'il agisse comme s'il avait une part distincte et déterminée dans ce qui formait le fonds social.

Il arrive quelquefois que le premier aperçu de la société, au moment où l'on procède à la liquidation, faisant présumer que l'actif excède le passif, les associés prélèvent les mises totales ou partielles qu'ils ont versées en argent ou en marchandises, ou sont dispensés de payer les portions non encore soldées : si, par quelque cause que ce soit, la société se trouve en déficit, ils en doivent le rapport dans la proportion nécessaire pour combler ce déficit.

Il en serait de même du prix de la vente qu'un associé aurait faite de quelques portions de marchandises communes, depuis la dissolution de la société, encore que ces valeurs n'excédassent pas ce qui lui reviendrait par le partage.

Indépendamment des dettes qui peuvent exister ainsi de la part d'un ou de plusieurs associés envers la société, par suite de la gestion qui leur a été confiée, ou dont ils ont pu se mêler, chaque associé qui aurait occasionné, par sa faute, quelques dommages à la société, en est débiteur, jusqu'à due concurrence. Il n'est pas, dans cette circonstance, plus favorisé que des étrangers.

L'associé qui a pris dans le fonds social une somme d'argent ou des marchandises destinées à être vendues, pour les employer à ses affaires particulières, est débiteur envers la société, non-seulement du prix principal, mais encore des intérêts, à compter du jour où il s'en est saisi jusqu'à celui où il s'acquitte, sans préjudice de plus amples indemnités, s'il y a lieu.

Chaque associé doit également rapporter ce qu'il a pu percevoir en profits personnels dans des affaires qui étaient communes. Nous en avons vu, n° 691, un exemple relativement aux associations des gens de mer au fret ou au profit.

Il pourrait arriver qu'un tiers eût, lors de la formation de la société, ou par un acte passé pendant sa durée, cautionné la mise d'un des associés; cette caution ne devra pas être tenue des diverses obligations secondaires qui viennent être expliquées, à moins qu'il n'apparût qu'elle a entendu s'y obliger. Mais si l'associé, ainsi cautionné, n'avait versé que le tiers ou la moitié de sa mise, et que, par l'événement, il fût obligé, non-seulement de rapporter la partie prélevée par lui, mais encore de compléter la mise totale, la caution qui, certainement, ne serait pas sujette au rapport du prélèvement, devrait payer la partie de mise non versée, à moins qu'il ne résultât des circonstances, que les autres associés lui en ont fait remise parce qu'alors on suivrait les principes expliqués n° 224.

1078. On doit ensuite procéder aux comptes de ce qui est dû par la société, à chaque associé, pour déboursés ou obligations personnelles contractées à l'occasion des affaires communes. Les intérêts de ces avances sont dus à compter du moment que l'associé les a faites, comme nous l'avons vu, n° 558, pour les mandataires, dont l'associé a, dans ce cas, la qualité à l'égard de ses coassociés; peu importe de quelle manière il ait avancé les fonds pour la société, soit par compte courant obligé ou volontaire, soit de toute autre manière. Ces intérêts se continuent, même après la dissolution de la société, cet événement ne changeant rien à la nature de la créance. Ils ne pourraient être suspendus que dans le cas où l'associé

la mise entrât dans la société pour devenir un objet commun, ou si l'on a entendu que chaque associé la prélèverait avant le partage des bénéfices.

Dans le premier cas, la société étant devenne propriétaire de la mise, l'associé qui l'a faite ne peut réclamer, quand même elle subsisterait encore. Dans le second cas, la société n'ayant été qu'usufruitière, l'associé pourra la réclamer en nature, si elle existe, ou en demander le prix d'après l'estimation, ou rentrer dans l'exercice exclusif des découvertes de son industrie, etc.

Cette question, peu importante, si toutes les mises sont égales, est d'un grand intérêt lorsqu'il y a inégalité. Ainsi, Pierre, Jacques et Jean se sont associés; la mise de Pierre est de 10,000 fr., celle de Jacques de 7,500 fr., celle de Jean de 5,000 fr. Si chacun doit retirer sa mise, les prélèvements s'exerçant sur la masse active, nette de tout passif, Pierre se trouve prélever plus que les autres. Si la mise a été aliénée entièrement par chacun, de manière à exclure tous droits de reprise, Jean se trouvera, par le fait, obtenir un avantage en prenant sa part dans l'excédant de mise des autres.

Il est presque impossible que les parties ne se soient pas expliquées à ce sujet. Dans le doute, on doit croire que chacun a droit de reprendre sa mise; mais les circonstances peuvent avoir beaucoup d'influence.

Par exemple, Jean et Louis se sont mis en société pour cinq années. Jean a fait une mise de 5,000 fr., Louis n'a apporté que des soins et une industrie qui, pouvant être payés par une personne à qui il se louerait, environ 1,000 ou 1,200 fr. par an, seraient raisonnablement appréciés 5,000 fr. pour cinq ans. Si, à la dissolution de la société, Jean retire sa mise, Louis, que la nature des choses prive de cet avantage, se trouvera lésé; la stipulation de cette reprise serait même une injustice dans le for intérieur. Dans le silence des parties, les juges, que d'ailleurs aucune stipulation ne lierait, feraient donc une chose équitable, en déclarant que les circonstances s'opposent à la reprise entière de l'apport de Jean.

Lorsqu'il est constant que l'usage seul des objets a été mis en société, la manière dont la reprise doit être faite varie, suivant les principes que nous avons expliqués n°s 990 et suiv. Si la nature de ces objets ou de la convention a donné droit à la société d'en disposer, ou si toute autre cause les a mis à ses risques, l'associé n'est créancier que de la valeur qui leur a été ou qui doit leur être donnée, d'après leur état au moment qu'ils ont été mis à la disposition de la société; peu importe qu'ils aient péri ou qu'ils soient détériorés. Dans le cas contraire, l'associé prendra les choses telles qu'elles se trouvent, et même si elles ont péri, il n'a rien à réclamer, à moins que cette perte ou cette détérioration ne soit l'effet d'une faute dont la société est responsable.

Les mises ou les avances dont l'intérêt a été stipulé ou est dû de plein droit, continuent d'en produire, comme nous l'avons vu n° 1078.

1081. Ce que nous avons dit dans cette section, peut aider à résoudre les difficultés pour les cas où les parties ne se seraient point expliquées. Mais les associés ont été libres de convenir, par l'acte social ou par des conventions postérieures, de quelle manière s'opérerait la liquidation de la société, lorsqu'elle serait dissoute.

Ainsi, ils peuvent stipuler que les héritiers du prémourant seront tenus, pour régler la part de l'associé auquel ils succéderont, de s'en tenir au dernier inventaire; et cette stipulaiion devrait avoir son effet, pourvu que la société eût régulièrement fait ses inventaires annuels, et notamment celui de l'année qui a précédé la mort de l'associé aux héritiers duquel on opposerait cette clause. Ils peuvent aussi stipuler que certains associés garderont, et rembourseront seulement aux autres le montant évalué de leurs parts. Il suffit de remarquer que, quelles que soient leurs conventions, jamais leur silence sur des points qui dérivent de la nature des choses ne peut être considéré comme une renonciation aux droits qui en résultent.

Il pourrait même arriver que les associés fussent convenus que la portion du prémourant accroîtrait à celle des survivants; cette stipulation, qui tiendrait de la nature des donations, sans être assujettie à leurs formalités, ne pourrait être contestée par ses héritiers, parce que c'était une convention aléatoire entre les associés.

SECTION III.

Du Partage de la société.

1082. Le partage entre les associés ne peut naturellement avoir lieu qu'après la liquidation et l'établissement de leurs droits respectifs [1].

La masse active est composée de tout ce qui appartient à la société, en immeubles, meubles et marchandises qui n'auraient pas été vendus par les liquidateurs; en billets et autres titres de créances non recouvrées; en somme dues par quelques associés, d'après les comptes dont nous avons parlé dans la section précédente, et en argent comptant.

Lorsqu'il reste des choses mobilières et des marchandises en nature, chacun peut exiger qu'on lui en délivre sa part. Néanmoins, il ne suit pas de cette règle et de celle d'après laquelle tous les objets qui composent une société appartiennent indivisément à tous les associés, que chacun d'eux puisse demander qu'on partage individuellement chaque chose. Des experts doivent faire un lotissement avec le plus d'égalité possible, en observant de composer chaque lot de choses qui aient leur consistance et leur utilité individuelle.

Le partage des créances actives s'opère de la même manière; on fait des lots, aussi également qu'il est possible, des créances sur l'acquittement desquelles on n'a point de doutes, et qu'on nomme *bonnes* créances. Quant à celles dont le recouvrement paraît incertain ou difficile, qu'on nomme créances *caduques*, elles sont ordinairement cédées à l'un des associés, ou mises dans son lot pour un prix quelconque inférieur à leur valeur nominale; à moins qu'on ne charge de leur recouvrement un des associés ou même un étranger, qui en rendra compte.

1083. Les livres, titres, papiers et documents du commerce restent, s'il n'y a rien de convenu à cet égard, au liquidateur; et s'il y en a plusieurs, au plus ancien; enfin, s'il n'y a pas eu de liquidateurs, à celui des associés qui aurait dû l'être, suivant ce qui a été dit n° 1073, dans tous les temps, ce dépositaire est tenu d'en donner communication aux autres associés.

Quant au droit de mettre sur des marchandises les marques dont la société faisait usage, celui qui l'a fondé ou qui en a été le principal soutien, pourrait quelquefois le réclamer avec assez de justice. Mais en général, les associés l'attribuent par l'acte de partage à l'un d'eux, soit d'une manière expresse, soit d'une manière implicite, en lui cédant la continuation du commerce, ou la suite du bail de l'établissement, ou les instruments de l'exploitation.

S'il n'a été rien décidé à cet égard entre les associés, soit dans l'acte même de société ou de dissolution, soit dans des conventions postérieures, ceux qui continuent de faire le même commerce peuvent se servir de ses enseignes ou marques, pourvu qu'il n'en puisse résulter aucune surprise, et en donnant les avertissements nécessaires pour qu'on sache qu'elles ne désigneront plus le même établissement.

1084. S'il est impossible de partager les immeubles, ils doivent être licités dans les formes ordinaires, à moins que la convention sociale n'en ait déterminé d'autres: cette convention alors ne serait point modifiée par la qualité des héritiers d'un associé, par exemple, s'ils étaient mineurs, interdits, etc., une telle clause faisant partie du pacte social.

Il en est de même des circonstances dans lesquelles un copartageant est tenu de se contenter du prix de sa part, tel que le fixent des experts; c'est, comme on l'a vu n° 1060, lorsque l'acte de société contient la clause qu'elle subsistera avec les survivants, sans, pour cela, continuer avec les héritiers du premier mourant. Ceux-ci, tenus de n'apporter aucun obstacle à l'exécution de ce que leur auteur a consenti, sont obligés de souffrir une modification à la règle que nul n'est tenu de vendre sa propriété malgré lui; et comme le partage ou la licitation détruirait l'établissement social, ils sont tenus aussi de le laisser en entier aux survivants, en se contentant du prix estimatif de leur part. La dissolution de la société les rend, de plein droit, créanciers de la somme à laquelle cette part sera fixée, et leur accorde tous les avantages dus à une créance privilégiée.

Il en serait de même, s'il existait des marchandises d'une telle importance, qu'il fût impossible, sans une soulte trop forte, de les attribuer au lot de l'un des associés.

Si une société était propriétaire de plusieurs navires, il ne faudrait pas, lors de sa

[1] Rejet, 18 mai 1829.

dissolution, appliquer les règles que nous avons développées n° 623; elles sont exclusivement applicables au cas de la copropriété d'un seul navire.

Par sa dissolution, la société cesse d'être un individu distinct des associés qui la composent; chacun d'eux devient copropriétaire du fonds social, comme des héritiers le sont des biens de leur auteur; les droits de chaque associé sont alors mobiliers ou immobiliers, selon qu'il y a lieu de partager des meubles ou des immeubles. Alors pourrait se présenter la question de savoir si les personnes qui acquerraient postérieurement à la dissolution de la société, devraient purger les hypothèques existantes contre chacun des associés. Elle se résoudrait au moyen d'une distinction : ou l'acquéreur aurait acheté par suite d'une licitation entre les associés, et nous examinerons cette question plus bas; ou l'aliénation aurait été faite par le liquidateur, et alors, comme la société en liquidation est, en quelque sorte, une prorogation d'elle-même, qu'elle agit tout entière par son liquidateur, il en serait de même que si l'aliénation avait été faite pendant l'existence de la société.

1085. Le partage d'une société est régi par les mêmes principes que celui qui intervient entre des cohéritiers. Nous nous bornerons à en indiquer les conséquences les plus importantes.

En premier lieu, cet acte est susceptible de rescision pour lésion de plus du quart; et le droit de la demander dure dix ans. Sous ce rapport il ne faut pas confondre le partage avec la détermination des parts, confiée à un associé ou à un tiers, qui ne peut être attaquée que dans le délai de trois mois, comme il a été dit n° 998. Cette opération n'est pas un partage; elle n'a pour objet que de faire connaître dans quelles proportions le partage aura lieu.

En second lieu, ce partage est déclaratif et non translatif de propriété; c'est-à-dire que chaque associé est censé avoir toujours été unique propriétaire des objets échus à son lot. Ainsi Pierre et Paul sont associés; la société dissoute, on en partage l'actif : une maison, fût-elle le seul immeuble social, tombe dans le lot de Pierre, à la charge d'une soulte ou retour; si Paul avait des créanciers dont l'hypothèque, par sa nature, frapperait l'universalité de ses biens, ces créanciers ne pourraient exercer aucun droit de suite contre Pierre, sous prétexte qu'il serait acquéreur des droits de Paul [1]. L'effet du partage est de rendre incommutable, entre les mains de Pierre, une propriété en quelque sorte conditionnelle, et de déclarer que jamais Paul n'y a eu de droits; le retour, qu'il toucherait, serait distribué entre tous ses créanciers, sans préférence pour les hypothécaires. La même règle serait appliquée au cas où, par l'effet de la licitation, un tiers deviendrait acquéreur de l'immeuble, on suivrait les principes du droit civil sur les licitations qui ont lieu entre cohéritiers. Mais alors naîtrait une question qui n'est ni sans importance ni sans difficulté. L'immeuble social peut avoir été frappé d'hypothèques du chef de la société; lorsque, par l'effet de la licitation ou du partage, il passe à l'un des associés, les créanciers de cet associé qui avaient, à une date antérieure à l'inscription des créanciers sociaux, une hypothèque générale sur les biens futurs, primeraient-ils ces derniers? Nous ne le croyons pas. L'immeuble n'entre dans les mains de l'associé qu'avec les charges dont il est déjà grevé, et les créanciers particuliers de l'associé n'y peuvent rien prétendre qu'après qu'il a été libéré des charges qui pesaient sur l'acte par lequel cet associé en est devenu propriétaire.

En troisième lieu, le tiers auquel un associé aurait, depuis que la société est dissoute et avant partage, cédé ses droits sociaux moyennant une somme d'argent, pourrait être écarté du partage, soit par tous les associés, soit par un seul, en lui remboursant ce qu'il a payé pour les acquérir.

Enfin, chacun des ci-devant associés doit à l'autre la garantie de son lot; et s'il y est entré des immeubles, l'inscription prise dans les soixante jours du partage conserve le privilége de cette garantie contre tous créanciers personnels du copartageant.

Il est inutile d'ajouter que, par l'effet du partage, chacun devenant propriétaire exclusif de son lot, un associé, dans le lot duquel une créance serait tombée, aurait seul droit d'en exiger le paiement, et qu'on ne pourrait lui opposer d'exceptions du chef de son coassocié [2].

[1] Rejet, 14 juill. 1824.—Rejet, 10 août 1824.

[2] Cass., 16 janv. 1828.

1086. L'obligation de garantie étant la conséquence du principe que l'égalité la plus entière doit présider au réglement des intérêts entre les associés, il en résulte que si un des associés a reçu, pour sa part, un bien social dont il serait évincé par une cause dont la société serait responsable, il a droit de se faire délivrer sur les autres biens libres de la société, un équivalent, sans que les autres associés ou leurs créanciers puissent s'y opposer [1]. Une question assez importante, et en quelque sorte en sens inverse, pourrait se présenter dans le cas où, loin de partager un actif, les associés n'ont à diviser entre eux que l'acquittement des dettes sociales. Il est clair qu'ils doivent les supporter dans la proportion convenue; mais comme l'un d'eux peut avoir payé aux créanciers au delà de la somme à laquelle il serait tenu d'après ce calcul proportionnel, les autres sont obligés ensuite de lui en faire raison, et les bases convenues pour leur association, sont, dans ce cas, la seule règle à suivre.

Ainsi, Pierre et Jacques formaient une société qui a été dissoute par leur faillite. Leurs fortunes réunies ne pouvant acquitter la totalité de la dette sociale qui est de 200,000 fr., ils font cession de tous leurs biens. Cet abandon est inégal; Pierre cède 80,000 fr., et Jacques 50,000 fr., ce qui, au total, ne produit que 130,000 fr., et laisse les créanciers en perte de 70,000 fr. Néanmoins, au moyen de cette cession, ils tiennent quittes leurs deux débiteurs. Après quelques années, Jacques rétablit ses affaires : Pierre pourra-t-il exiger de lui une somme de 15,000 fr., faisant moitié de ce qu'il se trouve avoir payé de plus que lui aux créanciers communs? On peut dire, en sa faveur, que si la somme payée aux deux créanciers de la société n'a pas été du total de ce qui leur était dû, cependant cette somme a libéré la société, que chacun d'eux devant moitié de cette somme, si les circonstances ont pu faire que ce paiement eût lieu d'une manière inégale, ç'a été une sorte de prêt dont le remboursement peut être exigé par celui qui l'a fait, dès que son ci-devant associé est revenu à meilleure fortune.

Il nous semble, néanmoins, que Pierre ne serait pas fondé. La faillite de la société, en la dissolvant, a fini les obligations de chacun : si l'un et l'autre étaient débiteurs de 200,000 fr. envers les créanciers, ils étaient, l'un à l'égard de l'autre, obligés de payer jusqu'à concurrence de 100,000 fr. chacun. Pierre s'en est libéré par 80,000 fr.; Jacques qui devait aussi 100,000 fr., s'en est libéré par 50,000 fr. Pierre n'a pas payé plus qu'il ne devait : il n'a donc rien payé à la décharge de Jacques : or, le recours d'un codébiteur contre son codébiteur solidaire n'est fondé que lorsqu'il a payé plus que sa part. La remise n'a pas été faite à la société qui n'existait plus, mais à chacun des codébiteurs, pour ce dont il pouvait profiter.

1087. Nous avons eu plusieurs fois l'occasion, notamment n° 975, de rappeler le principe qui admet tout créancier à exercer les actions de son débiteur. Ce principe, appliqué aux sociétés, autorise le créancier d'un associé à former opposition entre les mains des autres associés, pour qu'ils ne procèdent à aucune liquidation avec son débiteur, sans l'y appeler. Mais il ne peut, avant l'époque de la dissolution, venir prendre connaissance des opérations, et sous prétexte qu'une partie du fonds social est la propriété de ce débiteur, provoquer un partage, ou saisir le mobilier de la société. Il ne nous semble pas même qu'il pût, dans une société en nom collectif où les associés, à certaines époques, se partageraient quelques portions de bénéfices, prétendre au droit de toucher la part de son débiteur, à moins qu'il ne donnât caution de rapporter, en définitive, puisqu'il peut se faire que les années suivantes présentent des pertes qui retomberaient en totalité sur les autres associés. Mais après la dissolution il peut intervenir dans le partage, pour qu'il ne se fasse pas en fraude de ses droits. On suivrait, dans ce cas, les principes généraux sur les droits qu'ont les créanciers d'un héritier d'intervenir au partage de la succession dans laquelle il a une part.

---

[1] Rejet, 20 mai 1824.

CHAPITRE II.

Effets et Suites de la dissolution d'une société à l'égard des tiers.

1088. Quelle que soit la cause qui produise la dissolution d'une société, soit que cet événement ait eu lieu de plein droit, soit qu'il ait été la suite d'une demande intentée par un ou plusieurs des associés, comme on l'a vu n° 1062, elle ne change rien à ses obligations envers les créanciers de la société. Ces obligations subsistent telles qu'elles résultent de sa qualité, non-seulement pour tout ce qui a été fait, mais encore pour tout ce qui en serait la suite [1].

Bien plus, sa retraite ne l'affranchit des dettes postérieures à l'égard des tiers, qu'autant que la connaissance en a été donnée au public par affiches dans la forme que nous avons indiquée n° 1006.

Une seule exception est faite pour le cas où l'acte de société, qui a été affiché, détermine l'époque fixe de la cessation de la société. Nous disons l'*époque fixe*, car si cette cessation devait arriver par l'événement d'une certaine condition, par exemple, du mariage de l'un des associés, d'une survenance d'enfants, ou autre cause de nature à n'être pas précisée dans l'affiche, comme l'est un terme certain et invariable, l'annonce de la dissolution, causée par ces événements, devrait aussi être rendue publique.

L'inobservation de cette formalité produirait, en faveur des tiers, l'effet que la société serait censée subsister, comme si la dissolution n'avait pas eu lieu; et même des personnes qui auraient contracté avec l'un des associés qui avait droit de signature d'après les principes expliqués n°s 1212 et suiv., pourraient faire la preuve que, nonobstant cette dissolution, la société a continué [2]. Dans ce cas, les preuves seraient les mêmes que celles à l'aide desquelles on peut justifier qu'il a existé, de fait, une société entre des personnes qui n'en ont point rédigé ou rendu publiques les conditions. Par la même raison, le créancier d'un des associés qui aurait intérêt à exercer les actions de son débiteur, pourrait faire la même preuve, pourvu que ses droits eussent une date certaine antérieure à la dissolution qu'il entend arguer [3]. On peut en conclure que, s'il avait existé une société dont aucune affiche n'aurait donné connaissance au public, et que cette société eût été dissoute, des créanciers, avec qui un des associés aurait traité depuis cette dissolution suffisamment justifiée, ne pourraient se fonder sur la non publication de l'acte de dissolution pour invoquer les principes qui viennent d'être expliqués [4].

En appliquant ces principes aux différents cas que nous avons prévus : si les associés n'avaient pas rendu publique la dissolution, les engagements de chacun d'eux, dans le cas où tous ont l'administration, et dans les autres cas, ceux des gérants, contractés après cette époque, les obligeraient comme s'ils étaient encore associés. Si la dissolution avait lieu par la mort de l'un des associés, les engagements des survivants créeraient, contre les héritiers du défunt, les mêmes droits que s'il avait été stipulé que la société continuerait avec eux : si elle a eu lieu par l'interdiction d'un des associés, il continuera d'être obligé, comme s'il était capable, sauf la responsabilité de son tuteur. En un mot, dans ces cas, comme dans les autres, les associés ne peuvent exciper de la dissolution, pour échapper, à l'égard des tiers, à l'exécution d'engagements qui eussent été considérés comme sociaux, si la société eût subsisté; sauf leurs recours contre les signataires de ces engagements.

1089. Toutes les dettes qui ont été contractées par la société doivent être acquitées avec les effets qui en composent l'actif, à l'exclusion des créanciers particuliers des associés, puisque la société était un être moral, qui avait son individualité et ses droits distincts de ceux de chacun de ses membres [5]. La raison s'en fait sentir facilement. Les créanciers particuliers d'un associé ne peuvent prétendre plus de droits qu'il n'en aurait lui-même; or, il ne peut en exercer que dans ce qui restera quand les dettes seront payées, et nous verrons, n° 1207, les conséquences qui en résultent dans les cas de faillite. Ces principes sont applicables à toutes les espèces de société, même aux associations en participation, qui ne diffèrent des autres sociétés que sous quelques

1 Rejet, 8 prairial an XIII.
2 Rejet, 25 floréal an XIII.
3 Rejet, 16 déc. 1823. Dalloz, t. 25, p. 313.
4 Rejet, 23 janv. 1825.
5 Rejet, 20 mai 1824.

points de vue, mais qui sont nécessairement soumises à tous les principes essentiels de ces sortes de contrats [1]. Il s'ensuit que la femme d'un associé ne pourrait aussi prétendre d'autres droits que ceux de créancière de son mari.

Mais lorsque l'actif de la société étant insuffisant, les créanciers exercent leurs droits sur les biens personnels des associés, ils ne viennent qu'en concurrence avec les créanciers particuliers. On rentre alors dans le droit commun, l'exception que nous venons d'indiquer ne pouvant plus avoir son effet.

Les droits des créanciers contre les associés individuellement sont plus ou moins étendus, suivant les règles que nous avons données dans le titre second : ils subsistent après la mort de chaque associé, contre ses héritiers, et lorsque la société ne continue pas avec eux, la dette totale se divise entre ceux-ci, conformément aux principes du droit civil.

Par exemple, deux personnes sont en société. Il est dû à un tiers 20,000 fr. Ce tiers peut demander cette somme en entier à celui des associés vivants qu'il veut choisir. Si l'un d'eux vient à mourir avant que l'obligation ait été acquittée, sa succession peut bien être, en vertu de la solidarité, poursuivie pour payer la totalité des 20,000 fr., mais s'il a laissé plusieurs héritiers, chacun d'eux ne doit personnellement, dans cette même somme, qu'une part virile, c'est-à-dire un quart, un cinquième, selon qu'ils sont quatre ou cinq héritiers.

1090. En général, la durée et la conservation des droits d'un créancier contre son débiteur, ne doivent point dépendre de celui-ci, et jamais il ne peut, par son fait, changer la nature ou l'étendue de ses obligations.

L'intérêt du commerce modifie ces principes du droit commun par des considérations propres au contrat de société.

Tant que la société subsiste, la faculté d'agir contre elle et contre chacun des associés n'est soumise qu'à la prescription, qui anéantirait une semblable action en faveur de tout autre débiteur. Mais quand elle est dissoute, la personne morale n'existe plus ; chacun de ceux dont la réunion servait à la composer, s'empresse de régler ses intérêts avec ses associés, pour se livrer à d'autres opérations. Les registres, les pièces justificatives, un grand nombre de renseignements, ne peuvent rester toujours dans un dépôt commun, comme ils s'y trouvaient pendant la durée de la société. Par ces considérations, l'action des créanciers, contre chaque associé personnellement, ou contre sa veuve, ses héritiers, etc., se prescrit par un laps de temps de cinq ans, sans poursuites. Cette prescription commence à courir du jour que la durée de la société a fini, lorsque l'acte qui l'établissait a été rendu public, de la manière indiquée n° 1006 ; et si l'acte de société n'indiquait pas de terme fixe, ou si cette société avait été dissoute par anticipation, c'est l'affiche de l'acte de dissolution qui ferait courir la prescription. On voit que cette prescription ne pourrait être appliquée aux dettes des simples participations, pour lesquelles il n'y aurait, dans ce cas, d'autres règles à suivre que celles données n° 1049.

La qualité de la dette ou du créancier ne modifie point cette règle ; il importe peu que le créancier eût des droits liquides ou sujets à débat et susceptibles d'examen, à moins que la créance ne fût conditionnelle ou dépendante d'un événement, parce qu'alors la prescription ne commence qu'à l'instant où cette condition ou cet événement s'accomplit. Ce délai court même contre les mineurs, conformément à ce que nous avons dit n° 240 ; et l'on ne peut déférer le serment aux prétendus débiteurs, sur le point de savoir si la dette subsiste encore ou non, puisque précisément cette incertitude est la cause de la prescription. Tant que cette prescription n'est pas acquise, le créancier peut attaquer tel des associés que bon lui semble ; et celui qui est poursuivi ne peut se prétendre libéré sous prétexte qu'un autre associé a reçu les fonds nécessaires pour payer, et s'en est chargé [2].

Néanmoins les considérations que nous avons indiquées cessent du moment où il est évident qu'elles affranchiraient de leurs engagements des personnes qui ne peuvent avoir un juste sujet de se croire libérées.

Si donc les associés ont nommé un ou plusieurs liquidateurs, ces personnes qui restent en possession des titres, livres et autres renseignements, ne peuvent ignorer que *telle*

[1] Cass., 11 mars 1806. — Rejet, 19 juin 1826. Dalloz, t. 25, p. 275.

[2] Rejet, 24 mars 1830.

dette n'a pas été acquittée. S'il est convenable de mettre un terme aux actions contre les autres associés qui sont dessaisis de tout, qui ne connaissent pas la situation sociale, le même motif ne milite pas en faveur du liquidateur. La prescription ne peut donc point être invoquée par lui, sa veuve, ses héritiers ou ayant-cause.

Lorsqu'après le délai de cinq ans, le liquidateur est poursuivi, rien ne s'oppose à ce qu'il agisse en garantie contre ses ci-devant associés. Si la possibilité qu'ils lui aient fourni des moyens de payer les dettes, ou des exceptions contre les prétentions des créanciers, a fondé la prescription qu'il leur est permis d'invoquer contre ces derniers, l'équité ne veut pas qu'une déchéance, fondée sur la présomption du paiement, subsiste, quand il est évident que ce paiement n'a pas été fait.

Les créanciers qui ne sont plus fondés alors à agir contre les non liquidateurs directement, peuvent encore les poursuivre du chef du liquidateur; mais il y a une grande différence entre cette action et celle qu'ils exerceraient si la prescription n'était pas acquise. Dans ce dernier cas, les non liquidateurs poursuivis ne pourraient leur opposer que les exceptions inhérentes à la dette, ou qui leur seraient personnelles; lorsqu'au contraire les créanciers agissent du chef du liquidateur, les associés qu'ils poursuivent ainsi ont droit de faire valoir toutes les exceptions qu'ils auraient pu opposer à ce liquidateur, par exemple, qu'il avait reçu des fonds ou fait des recouvrements suffisants pour payer, ou même qu'il y a matière à des compensations particulières : en un mot, au lieu des droits de créanciers de la société, les tiers n'auraient plus, dans ce cas, que ceux des créanciers personnels du liquidateur. Il s'ensuit que, dans ce cas, jamais le créancier ne pourrait demander la totalité de sa créance aux associés non liquidateurs. Ainsi, supposons que la société ait été composée de trois personnes, dont une a été nommée liquidateur : un créancier de 12,000 fr. exerce son action, après le délai de cinq ans, contre le liquidateur, et du chef de ce dernier il poursuit les deux non liquidateurs : il ne pourra demander à chacun d'eux que la somme de 4,000 fr. et encore sauf les exceptions que ceux-ci auraient à lui opposer du chef du liquidateur. En effet, ils n'exercent, dans ce cas, que les actions du liquidateur, et celui-ci ne peut, d'après les principes expliqués n° 182, demander à chacun de ses coassociés que leur part virile.

Mais si les associés n'ont point nommé de liquidateur, ils sont présumés avoir voulu l'être tous; il semble donc conforme à l'esprit de la loi de ne point admettre de prescription en leur faveur. Toutefois, si la société était en commandite, les commanditaires seraient toujours de plein droit considérés comme non liquidateurs, et ne pourraient être poursuivis que dans les mêmes délais et les mêmes circonstances. De même, en cas de retraite ou d'exclusion d'un associé pour quelques causes que ce puisse être, il est de plein droit considéré comme non liquidateur.

Quelquefois, à la dissolution d'une société, l'un des associés se charge, moyennant une somme que lui remettent ses coassociés, d'en acquitter toutes les dettes. Cette convention est étrangère aux créanciers, qui n'en ont pas moins le droit d'agir contre chacun des associés, comme il vient d'être dit [1]. Assez souvent l'associé chargé de la liquidation continue le commerce en son nom propre, et il peut y avoir quelque utilité à bien déterminer si les sommes qu'il a payées à un créancier de la société dissoute, qui serait entré en rapports d'affaires avec lui, sont imputables sur la dette de l'ancienne société ou sur les siennes propres. Un exemple rendra sensible l'importance de la question : Pierre et Paul formaient une société; elle a été dissoute le 1er avril 1824, et Pierre, qui a pris la continuation du commerce pour son compte, a été nommé liquidateur. Jacques, qui était créancier de l'ancienne société, a continué des relations d'affaires avec la nouvelle maison. Mais celle-ci tombe en faillite, et les anciens associés solvables peuvent prétendre que les versements divers que cette maison avait faits à Paul sont imputables par préférence sur l'ancienne dette sociale, et l'ont éteinte. Les circonstances aideront à résoudre la difficulté. On peut toutefois poser pour règle que Jacques n'est pas censé avoir voulu libérer ses anciens débiteurs et en accepter un nouveau, s'il ne l'a pas expressément déclaré; que les présomptions d'imputation de paiement, expliquées n° 218, ne sont point

[1] Rejet, 24 mars 1830.

applicables en ce cas, puisque les dettes étaient celles de débiteurs distincts, et, par conséquent, qu'à moins de quittances données par le créancier sur ce qui lui était dû par l'ancienne société, les paiements que Pierre lui a faits sont réputés faits pour ses dettes personnelles.

Néanmoins, il faudrait décider autrement dans le cas où un créancier, ayant confié à ce liquidateur une procuration pour recevoir toutes ses créances sans distinction, celui-ci aurait donné quittance à ses associés, ou si, de toute autre manière, le créancier avait accepté ce liquidateur pour son unique débiteur; on voit aisément la différence entre cette hypothèse et la précédente; et, dans ce cas, il est évident que les autres associés seraient valablement libérés [1].

[1] Cass., 6 frimaire an XIV.

SIXIÈME PARTIE.

DES FAILLITES ET BANQUEROUTES.

1091. On appelle *faillite* la cessation de paiements d'un commerçant; s'il s'est rendu coupable d'imprudence, de fautes, ou de dol, on donne à sa faillite le nom de *banqueroute*.

Lorsqu'après avoir failli, ce débiteur paie intégralement à tous ses créanciers ce qu'il leur devait, il peut être réintégré dans les droits que la faillite lui avait fait perdre : c'est ce qu'on nomme *réhabilitation*.

Ces définitions suffisent pour apprendre que la simple suspension de paiements ne peut être considérée comme un état de faillite; que cette qualification ne convient point à l'état d'insolvabilité des non-commerçants, qu'on nomme *déconfiture*. Néanmoins, pour compléter notre travail autant qu'il est possible, nous en ferons l'objet de deux titres particuliers. Enfin, comme la cession des biens est un mode de libération commun à la faillite et à la déconfiture, nous donnerons aussi des règles sur cette matière.

TITRE PREMIER.

DES FAILLITES.

1092. L'objet de ce titre est de considérer les faillites dans tout ce qui concerne les intérêts pécuniaires, sans distinguer si la conduite du failli le met, ou non, à l'abri d'un soupçon de banqueroute. Il sera divisé en dix chapitres.

Le premier traitera de la déclaration de faillite; le deuxième, des effets immédiats

de cette déclaration; le troisième, des premières mesures pour la conservation des droits des créanciers; le quatrième, de la nomination et des fonctions des agents provisoires; le cinquième, de la nomination des syndics provisoires et de leur administration; le sixième, de la vérification des créances; le septième, de l'action révocatoire à l'égard des actes frauduleux; le huitième, du concordat; le neuvième, de l'union des créanciers; le dixième, des revendications.

CHAPITRE PREMIER.

De la Déclaration de faillite.

1093. Un débiteur ne peut être déclaré en faillite, que s'il est commerçant, ce qui serait jugé d'après les notions données n°s 77 et suiv. [1]. Il n'y a d'exception à cette règle, qu'à l'égard des agents de change et des courtiers; encore qu'ils ne puissent se livrer pour leur compte à des opérations commerciales, la cessation de paiements, occassionnée par l'inexécution des engagements qu'ils ont contractés, soit par suite de leurs fonctions, soit en se livrant, quoiqu'illicitement, à des spéculations et à des négociations personnelles, est considérée comme une véritable faillite; et même, par cela seul qu'il y a dans l'un et l'autre cas ou abus de confiance, ou violation des règles de leur profession, cette faillite est de plein droit considérée comme banqueroute frauduleuse.

Lorsqu'un commerçant cesse ses paiements, on ne distingue point l'origine et la cause de ses engagemeuts pour scinder sa situation, appliquer à la partie commerciale de ses affaires les règles de la faillite, et soumettre la partie civile aux règles de la déconfiture; son état est indivisible, et déterminé par ce qui est reconnu constituer sa profession habituelle.

Des créanciers, quelque nombreux qu'ils soient, quelque considérable que puisse être la somme qui leur est due, et quand même ils auraient en main la preuve que le débiteur refuse de payer leurs créances échues, ne peuvent eux-mêmes le déclarer en faillite, ni provoquer l'apposition des scellés chez lui. Les poursuites individuelles leur appartiennent; ils peuvent, suivant la nature de leurs titres, faire des saisies, exercer la contrainte par corps, etc.; mais, du moment qu'il s'agit de constituer le débiteur en faillite, et, par conséquent, d'opérer une main-mise générale, les tribunaux seuls ont droit de la prononcer.

Nous allons successivement faire connaître : à quelle autorité appartient le droit de déclarer qu'un commerçant est failli; à quels signes on reconnaît cet état de faillite; comment doit être fixée l'époque à laquelle la faillite a été ouverte; si un commerçant peut, après son décès, être déclaré mort en état de faillite; comment le jugement qui déclare une faillite est rendu public; de quelles réclamations il est susceptible.

SECTION PREMIÈRE.

Quelle Autorité peut prononcer la déclaration de faillite.

1094. Les tribunaux de commerce sont investis du droit de déclarer qu'un commerçant est en faillite. Un état qui résulte de signes et de circonstances pris dans les opérations les plus habituelles du commerce, ne peut être bien reconnu que par des juges accoutumés eux-mêmes à ces opérations. Cela n'empêche pas, néanmoins, que si le ministère public poursuivait une accusation de banqueroute devant le tribunal correctionnel ou devant la cour d'assises, ces autorités n'eussent droit de prononcer sur le fait de la faillite, sans renvoyer préalablement au tribunal de commerce [2].

[1] Rejet, 2 déc. 1826. — Rejet, 1er avril 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 209. Br, 15 mars 1816. J. de Br., 1816, 1e, p. 232. Dalloz, t. 15, p. 123. Boulay-Paty, n. 19.

C'est devant le tribunal de commerce que doit être portée toute demande en déclaration de faillite, quelle que soit d'ailleurs la qualité de la personne contre laquelle elle est formée.

Ainsi, le fait qu'un négociant aurait cessé d'exercer cette profession ne peut rendre le tribunal de commerce incompétent pour connaître d'une telle demande dirigée contre lui par un de ses créanciers. Br, 5 mars 1829. J. de Br., 1829, 1e, p. 428.

[2] Rejet, 19 avril 1811. — Rejet, 7 nov. 1811. — Rejet, 3 nov. 1814. — Cass., 30 janv. 1824. — Rejet, 15 avril 1825. — Rejet, 1er sept. 1827. Dalloz, t. 15, p. 358 et suiv. Sirey, 11, 1e, p. 371, 16, 1e, p. 212, 49, 212, 26, 1e, p. 95, 28, 1e, p. 80.

L'importance d'une déclaration de faillite est assez grande pour qu'elle ne doive pas être prononcée par une simple ordonnance du président du tribunal ; il faut un jugement, c'est-à-dire une décision émanée de juges délibérant au nombre et dans la forme ordinaires.

L'état de faillite frappant l'universalité de la fortune du commerçant, il est évident que le seul tribunal compétent pour en connaître, est celui de son domicile [1]. Il faut suivre, à cet égard, les règles du droit civil sur la manière de le reconnaître et de le déterminer ; et comme une société forme une personne morale, ainsi qu'on l'a vu nos 975 et 1089, c'est au tribunal du domicile social que le droit de déclarer sa faillite est attribué [2]. Ainsi, lorsqu'un commerçant ou une société a plusieurs comptoirs ou maisons, la connaissance de sa faillite n'est point attribuée, par préférence, au tribunal dans lequel est situé l'établissement dont la cessation de paiement a, la première, éveillé l'attention, mais bien à celui du domicile [3].

Les cours chargées, dans ce cas, de prononcer des réglements de juges, doivent être en garde contre les changements de domicile calculés ; et lorsqu'il y a le plus léger soupçon de mauvaise foi, elles ne doivent pas hésiter à reconnaître la compétence du tribunal dont un failli n'aurait quitté le ressort que dans un temps où déjà le désordre de ses affaires devait lui être connu [4].

L'incertitude peut néanmoins être telle qu'aucun des moyens ordinaires ne la dissipe. Ce cas, extrêmement rare, quand il ne s'agit que d'un seul individu, se présente plus fréquemment en matière de société. Des associés peuvent avoir formé, sous la même raison, plusieurs établissements que chacun dirige de son côté. Si rien ne prouve quel était le principal, il sera naturel d'attribuer la connaissance de la faillite sociale au tribunal premier saisi [5] ; mais, les circonstances, la notoriété, l'acte de société, lorsqu'il n'existe pas une simple participation, pourront souvent servir à lever l'incertitude [6]. On ne doit pas aussi perdre de vue ce qui a été dit, nº 976, que souvent les mêmes commerçants sont associés dans des établissements distincts ; alors les tribunaux du ressort de chaque établissement doivent respectivement connaître de la faillite, quand même celle de l'un aurait entraîné et décidé celle de l'autre [7].

SECTION II.

A quels Signes on connaît l'état de faillite.

1095. Le plus sûr moyen de s'assurer qu'un commerçant est en faillite, c'est d'obtenir son aveu. Mais comme son silence ne doit pas nuire à ses créanciers, la loi rappelle à la fois la vigilance de ceux-ci par l'intérêt, et celle des magistrats par le sentiment du devoir.

Nous allons en conséquence diviser cette section en trois paragraphes : le premier traitera de la déclaration de faillite faite par le débiteur ; le deuxième du droit des créanciers de provoquer un jugement qui déclare leur débiteur en faillite ; le troisième, du droit du tribunal de prononcer cette déclaration d'après la notoriété publique.

§ Ier. *De la déclaration de faillite provoquée par le débiteur.*

1096. Tout débiteur qui se voit forcé de cesser ses paiements, doit en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce, ou, lorsqu'il n'en existe pas dans l'arrondissement, au greffe du tribunal civil.

Il ne faut pas en conclure qu'aussitôt qu'un commerçant ne paie pas une dette, quand même il n'aurait aucun motif légitime de refus, il doive faire cette déclaration ; elle n'est requise que lorsque la cessation de paiements est de nature à constituer un état de faillite : c'est à lui d'apprécier sa position. Cette déclaration doit être faite, au plus tard, le troisième jour, en y comprenant celui de la cessation de paiements, et nous verrons par la suite que ce défaut de déclaration établit contre lui une présomption de banqueroute.

[1] Boulay-Paty, n. 39.

[2] Réglement de juges, 19 avril 1820.

[3] Reglement de juges, 16 mars 1809.—Réglement de juges, 13 janv. 1824. Dalloz, t. 5, p 359.

[4] Rejet, 30 août 1825 B., 25 janv. 1835. J. de B., 1835, 285,

[5] Boulay-Paty, n. 39.

[6] Réglement de juges, 26 frimaire an VII. — Reglement de juges, 30 déc. 1811. Dalloz, t. 5, p. 359.

[7] Réglement de juges, 23 mars 1809. Dalloz, t. 5, p. 358

Le greffier est tenu d'en rédiger acte, et d'y insérer les renseignements que le débiteur donne sur son domicile, ses divers comptoirs, ses magasins, et sur l'instant où il a interrompu ses paiements. Rien ne s'oppose à ce que cette déclaration soit faite par un mandataire, mais la procuration doit être spéciale, et le greffier du tribunal de commerce aurait droit d'exiger qu'elle fût notariée. Le devoir du greffier est de mettre sur-le-champ cette déclaration sous les yeux du tribunal; il pourrait être condamné aux dommages-intérêts du retard qui aurait eu lieu de sa part.

Lorsque la faillite déclarée est celle d'une société en nom collectif, il faut nécessairement y énoncer la demeure de tous ses membres [1]; mais si la société est en commandite, il suffit d'indiquer celles des associés constitués solidaires par l'acte social. Il semblerait assez convenable que, dans tous ces cas, une copie entière de l'acte de société, et des additions ou modifications qui y ont été faites, fût jointe à la déclaration de faillite.

Tout associé administrateur a, par la nature de ses pouvoirs, le droit de faire cette déclaration. Il en est de même de l'associé non administrateur; puisque sa responsabilité est solidaire et indéfinie, il peut avoir intérêt à ce que la position, déjà assez malheureuse, de la société, ne soit pas aggravée par la présomption de banqueroute qui résulte du défaut de déclaration volontaire.

L'associé commanditaire ou l'actionnaire d'une société anonyme, ne pouvant rien perdre au-delà de sa mise ou de son action, et n'étant pas responsable, sa position semble le rendre sans intérêt à faire cette déclaration; aussi, nous pensons qu'il n'y serait admis qu'autant qu'à sa qualité se joindrait celle de créancier, ce qui rentrerait alors dans l'objet du paragraphe suivant.

1097. La déclaration d'un commerçant constate, par elle-même et indépendamment de toute autre circonstance, l'existence de sa faillite : alors toute incertitude disparaît; c'est le débiteur lui-même qui se juge failli. Il faut remarquer, toutefois, que son aveu n'est qu'un moyen de déterminer le jugement. Ainsi, un débiteur qui trouverait, avant que le tribunal eût prononcé, des ressources pour solder ses engagements, serait fondé à retirer sa déclaration. Nous examinerons dans la sixième section si, dans les mêmes circonstances, le jugement une fois rendu, le tribunal pourrait le rétracter après un nouvel examen. A plus forte raison, si un associé, membre d'une société en nom collectif, s'était présenté au greffe pour déclarer que cette société est en faillite, les autres pourraient prétendre que cette démarche de sa part est mal fondée, et que la société n'est point dans une situation qui la constitue en faillite. Dans ce cas, la prudence semblerait commander au tribunal, si aucun créancier ne provoquait la déclaration de faillite, et si la notoriété, ou des faits graves, connus des juges, ne les décidaient pas, de refuser le jugement de déclaration, sauf à l'associé qui veut faire déclarer la société en faillite, à en provoquer la dissolution contre ses coassociés. Il faut en tirer la conséquence, que, si une société était en liquidation, et si les liquidateurs chargés d'en suivre les recouvrements, et d'en payer les dettes, laissaient les effets de la société en souffrance, les non liquidateurs pourraient en provoquer la déclaration de faillite. Mais dans ce cas, comme en tout autre, on apprécierait leur intérêt. Ainsi, lorsqu'une société est en liquidation, si les créanciers ont consenti à recevoir du liquidateur sa portion virile des dettes sociales, l'associé non liquidateur poursuivi par eux pour sa part, ne serait pas fondé à provoquer la déclaration de faillite de la société. Il aurait seulement une action contre le liquidateur pour contraindre celui-ci, dans le cas où il aurait reçu assez de fonds pour payer la totalité, à l'acquitter de toutes condamnations [2].

1098. La déclaration du débiteur n'a l'effet que nous venons d'indiquer que lorsqu'elle est faite par acte au greffe. Des aveux contenus dans les lettres adressées à des créanciers, ou faites dans des assemblées que ce débiteur aurait même provoquées, ou enfin consignés dans des significations, commandements, saisies, etc., quelque formels qu'ils puissent paraître, de quelque manière que le débiteur annonçât qu'il n'a ni possibilité, ni espoir de remplir ses engagements, ne suppléeraient pas la déclaration dont nous parlons. Sans doute, les

[1] Boulay-Paty, n. 31. Dalloz, t. 15, n. 24.

[2] Rejet, 8 août 1820. Dalloz, t. 15, p. 34.

créanciers qui provoqueraient un jugement, comme dans le cas qui sera l'objet du paragraphe suivant, pourraient en faire usage pour justifier leur demande; sans doute aussi, les juges pourraient les prendre en considération pour fixer la véritable époque de l'état de faillite, comme on le verra dans la section suivante; mais de tels aveux ne remplaceraient pas la déclaration que le débiteur doit faire au greffe du tribunal.

§ II. *De la Déclaration de faillite provoquée par des créanciers.*

1099. Le défaut de déclaration du débiteur ne pouvant empêcher qu'il ne soit réellement failli, ne prive point ses créanciers du droit de faire constater ce fait. Cette faculté appartient à tout créancier, sans distinction si la dette est, ou non commerciale [1]; l'intérêt est le même, puisque tous les biens d'un débiteur répondent de ses engagements, de quelque nature qu'ils soient. Il n'est pas même nécessaire que la dette soit échue; le créancier d'une dette à terme n'a pas moins que tout autre intérêt à ce que la fortune de son débiteur ne soit pas absorbée par des remboursements ou des transactions qui n'auraient plus le caractère de la bonne foi, et à faire valoir l'exigibilité de sa créance, qui est, comme on le verra plus bas, l'effet immédiat de la faillite.

On sent, toutefois, les raisons de convenances qui ne permettraient pas d'accueillir cette provocation de la part d'un fils contre son père, d'une femme contre son mari, fût-elle séparée; puisque l'état de faillite établit toujours, plus ou moins positivement, une sorte de prévention de faute ou de crime [2].

1100. Le tribunal provoqué dans ces différentes circonstances, n'étant point guidé par l'aveu du débiteur lui-même, doit s'attacher à des indices qui n'aient rien d'équivoque. Il semblerait convenable que le jugement ne fût rendu qu'après qu'un juge aurait pu vérifier les faits allégués et les aurait exposés au tribunal dans un rapport, et même, suivant les circonstances, qu'après communication au commerçant qu'il s'agit de déclarer en faillite. L'absence d'un commerçant, quand même la cause en serait ignorée ou inexplicable, ne serait donc pas un motif de le déclarer en faillite; des circonstances imprévues peuvent l'avoir obligé de s'absenter inopinément, en secret. Il en est de même de la clôture de ses magasins : c'est un fait qui, tout public et facile à connaître qu'il soit, est indifférent par lui-même. La cessation de paiements étant le signe unique qui ne laisse aucune incertitude, peut seule être un motif de déclarer la faillite. Il ne reste qu'à examiner ce qu'on entend par cessation de paiements.

Nous avons fait observer, n° 1097, que le failli devait lui-même apprécier sa position; et l'on sent, en effet, qu'il n'y a pas de règles à lui proposer. Mais il n'en est pas ainsi dans le cas qui nous occupe; c'est aux créanciers qui provoquent une déclaration de faillite, à faire la preuve de la cessation de paiements : il ne leur suffirait pas d'établir par des états de situation, quand même ils sembleraient mériter la plus grande confiance, que le débiteur a un passif qui excède considérablement son actif; qu'il n'y a, pour lui, aucun espoir raisonnable de sortir de cette crise; que déjà même une partie de ce passif est exigible. Les chances du commerce sont telles qu'une position aussi critique n'est point encore désespérée. C'est la perte du crédit qui constitue le véritable état de faillite; et le crédit n'est pas perdu, parce qu'on doit beaucoup, mais bien parce qu'on ne paie pas les créanciers qui réclament ce qui leur est dû [3].

1101. Il n'est pas nécessaire, sans doute, d'une cessation de tous paiements; autrement quelques-uns, modiques et peut-être même frauduleux, seraient allégués comme preuves qu'on a conservé un crédit évidemment perdu.

Nous ne pouvons cependant dissimuler la difficulté de poser des règles. D'abord, on ne saurait voir une cessation de paiements dans des refus qui excluent toute idée d'insolvabilité : tel serait celui d'exécuter un marché qu'on prétend être nul ou rescindable [4]; de payer une dette non échue, non liquide, un effet faux, une lettre de change non acceptée, pour laquelle celui à qui le paiement est demandé prétend n'avoir pas provision, ou qu'il n'avait pas autorisé à tirer; ni enfin

[1] Boulay-Paty, n. 33, combat cette opinion.
[2] Idem, n. 35.
[3] Br., 18 mars 1830. J. de Br., 1830, 1e, p. 351, et 1831, 1e, p. 127. Dalloz, t. 15, p. 22. J. du 19e s., 1830, 3e, p. 148.
[4] Cass., 29 mars 1825. J. du 19e s., 1825. 1e, p. 402.

un effet dont le porteur serait repoussé par déchéance, prescription, etc. Mais si des exceptions pareilles avaient été reconnues sans fondement et comme des moyens dilatoires, le résultat prouvant que le refus a été mal fondé, il serait justement considéré comme un signe de la faillite.

Il faut enfin que les engagements dont le débiteur refuse le paiement soient commerciaux. On doit, en effet, ne jamais perdre de vue qu'il s'agit de commerce, et que le crédit se conserve tant qu'on acquitte les engagements y relatifs. Les créanciers pour dettes civiles ont les voies ordinaires; et l'expérience apprend que les commerçants ne retirent pas toujours leur confiance à celui qui, acquittant ses dettes commerciales, est moins exact à payer les autres.

Dans le cas même où le défaut de paiements ne serait pas expliqué et excusé par les circonstances, on ne devrait pas toujours voir un signe de cessation de paiements dans un ou quelques protêts. Combien de commerçants, même dans les grandes villes, mais surtout dans les petites où les ressources pour réaliser promptement, soit des effets à longs termes, soit des marchandises, sont extrêmement rares, se trouvent avoir leurs magasins et leurs portefeuilles remplis, et sont néanmoins forcés de laisser protester des engagements qu'ils acquittent ensuite, quelquefois même avant que l'assignation en justice leur ait été donnée [1].

1102. La nature du commerce exercé par le débiteur doit être particulièrement considérée. Un banquier dont les caisses reçoivent et paient à chaque instant, et dont toutes les opérations ne consistent que dans des mouvements de fonds, ne peut refuser un seul paiement, subir un seul protêt, si ce n'est par des motifs tels que nous en avons indiqués ci-dessus, sans qu'il en résulte un signe de faillite; son crédit est anéanti dès l'instant qu'il manque d'acquitter une seule de ses obligations.

Il n'en serait pas de même d'un fabricant, d'un marchand plus ou moins attentif à prévoir l'échéance des effets qu'il a souscrits ou endossés. Le défaut d'acquitter quelques dettes, légitimes, il est vrai, lorsqu'il en paie d'autres, lorsqu'il ne cesse pas ses travaux ou son commerce, si d'ailleurs aucune circonstance n'annonce le désordre de ses affaires, ne doit pas le constituer en état de faillite. Il pourrait laisser prononcer plusieurs jugements, obtenir quelques délais de l'indulgence des poursuivants, sans que d'autres créanciers, dont le titre n'est pas encore exigible, eussent droit de s'en autoriser pour prétendre qu'il a cessé ses paiements, et qu'il est en faillite. Il est plus raisonnable et plus juste de ne le considérer dans cet état que lorsque, succombant sous le poids de ses engagements, il se trouve dans l'impossibilité d'y faire face; lorsqu'il existe un grand nombre de refus de paiements d'où l'on puisse conclure moralement qu'il y a cessation absolue; ou, si le nombre des dettes non acquittées est peu considérable, lorsque des circonstances accessoires annoncent une rupture de commerce.

§ III. *De la Déclaration de faillite d'après la notoriété publique.*

1103. La provocation des créanciers n'est pas toujours nécessaire pour qu'on déclare un débiteur en faillite : il peut arriver que les plus intéressés soient éloignés, que quelques uns qui sont sur les lieux profitent de l'état de malaise du débiteur, pour se faire donner des marchandises en paiement ou en nantissement, etc. Il est donc juste que le tribunal puisse, sur la seule notoriété acquise de la cessation de paiements d'un commerçant, déclarer qu'il est en faillite. Tout ce que nous avons dit dans le paragraphe précédent retrouve ici son application; seulement, on peut ajouter que le silence du débiteur, réuni à celui des créanciers, doit rendre les juges encore plus circonspects. Trop souvent on donne le nom de notoriété à des bruits vagues et sans fondement. Les magistrats ont besoin de toute leur prudence pour ne pas céder à des insinuations malignes répandues par l'ignorance ou la méchanceté, et cependant pour ne pas repousser, comme de vaines rumeurs, des renseignements exacts et véritables. Si des créanciers provoquaient la déclaration de faillite, il faudrait qu'ils en fissent la preuve. On ne doit pas moins exiger, lorsqu'on n'a pour instruction que la voix publique. Ainsi, un bruit d'insolvabilité, quoique général, quoique fondé sur ce qu'un commerçant n'acquitte pas un grand nombre de ses obligations échues, ne formerait pas ce

[1] Br., 12 mai 1832. J. du 19e s., 1823, 3e, p. 205. Dalloz, t. 15, p. 22 et 41. Boulay-Paty, n. 27.

qu'on doit appeler notoriété de la cessation de ses paiements, si des protêts ou des actes de même nature ne la constataient pas.

Le juge de paix est aussi appelé à prendre des mesures conservatoires, lorsqu'il acquiert, par la notoriété publique, l'assurance d'une faillite que n'aurait pas encore déclarée le tribunal de commerce. Il peut procéder d'office à l'apposition des scellés; mais il doit sur-le-champ adresser son procès-verbal, avec les motifs qui ont déterminé cette apposition, au tribunal à qui appartient exclusivement le droit de déclarer la faillite [1]. C'est la notoriété, dont il est seul appréciateur, qui doit le décider : une réquisition de créanciers ne serait pas toujours une raison pour lui d'y déférer; ceux-ci doivent, dans ce cas, s'adresser au tribunal.

SECTION III.

De la Fixation de l'époque à laquelle la faillite est ouverte.

1104. Lorsqu'un commerçant tombe en faillite, le tribunal est, comme nous venons de le voir, appelé à vérifier et à déclarer l'existence de cet état; mais une autre mission non moins importante lui est confiée. Il doit déterminer à quelle époque a commencé cette faillite dont son jugement reconnaît l'existence. Ainsi, autre chose est de déclarer aujourd'hui que Pierre est en faillite, autre chose de déclarer que cette faillite, dont l'existence est reconnue aujourd'hui, avait commencé à se manifester dès *tel* ou *tel* jour [2].

Ce point, peu important sans doute, quand il ne s'agit que des rapports entre les créanciers et le débiteur, devient du plus grand intérêt lorsqu'il faut juger les rapports des créanciers entre eux. Les tribunaux doivent agir ici avec la plus grande circonspection, car nous verrons dans le chapitre suivant, que certains actes faits avec le failli, ou certains droits acquis contre lui, sont annulés ou susceptibles d'être attaqués, selon qu'ils ont été faits ou acquis dans un délai de plus ou moins de dix jours avant celui auquel l'état de faillite a commencé. Il est donc utile d'indiquer à quels signes les juges pourront connaître, d'une manière certaine, quel est précisément ce jour, duquel il faut partir, en remontant, pour décider si *tels* ou *tels* actes sont ou ne sont pas antérieurs de dix jours.

Souvent un débiteur, hors d'état de payer, conserve néanmoins l'espoir de se relever; il conjure l'insolvabilité qui le presse de tous côtés, par l'emploi des moyens qui lui restent; s'agite dans tous les sens pour éloigner le moment qui rendra sa faillite publique; s'étourdit sur sa position; captive un reste de confiance par des apparences illusoires ou des sacrifices inconsidérés; et tant d'efforts ne servent ordinairement qu'à rendre sa ruine plus entière. Mais tandis qu'il luttait ainsi avec le crédit qui l'abandonnait, quelques créanciers plus heureux ou plus adroits acquéraient des hypothèques, obtenaient des nantissements ou d'autres sûretés. Enfin, les créanciers, excédés par les délais des poursuites, ou las de promesses sans cesse éludées, provoquent la déclaration de faillite. Le tribunal la prononce, tous les secrets sont dévoilés, l'intérêt se réveille; et lorsqu'il a vainement exercé ses efforts contre le failli, il se replie sur les créanciers que le hasard ou leur adresse a le plus favorisés.

C'est alors qu'il faut connaître l'époque précise de l'ouverture de la faillite pour juger de la validité des priviléges, des hypothèques, des paiements et autres actes consentis par le failli avant la déclaration de son état. C'est alors qu'il importe de savoir si le débiteur n'était pas réellement en faillite, depuis *quinze* jours, *un mois*, etc., et d'examiner s'il ne faut pas faire remonter l'ouverture au jour auquel les différents faits, dont le tribunal obtient connaissance, le portent à croire que la cessation des paiements a véritablement commencé.

Quelquefois, le tribunal surseoit à déterminer cette époque, jusqu'à ce qu'il ait obtenu les renseignements qui lui manquent dans ce premier moment; et l'ouverture est provisoirement fixée au jour du jugement qui déclare la faillite; mais, soit qu'il statue à l'instant, soit qu'il s'en occupe plus tard, il est important de faire connaître, autant que cela est possible dans une matière aussi délicate, les règles qu'il doit suivre.

1105. La cessation de paiements que nous

[1] Boulay-Paty, n. 36.
[2] Rejet, 21 mars 1822.

avons dit, nos 1100 et suiv., être le véritable caractère de la faillite, doit encore servir à fixer l'époque de son ouverture [1]. Si par exemple, c'est le jour même qu'il ne paie plus, ou qu'il cesse la plus grande partie de ses paiements, que le débiteur fait sa déclaration, ou que les créanciers provoquent le jugement, l'époque de l'ouverture de la faillite sera fixée aussi à ce même jour. Mais si l'on reconnaît, qu'avant le jour auquel la déclaration de faillite est prononcée, le débiteur avait cessé de payer, et que cette cessation de paiements ait été accompagnée d'actes extérieurs susceptibles d'instruire les tiers ou de les faire considérer comme coupables d'imprudence lorsqu'ils ont traité avec lui, l'époque de la faillite doit être fixée au jour où l'un de ces caractères publics s'est manifesté [2].

L'inspection postérieure des livres et des registres du failli pourrait quelquefois faire présumer et donner même la preuve que long-temps avant la cessation de ses paiements, il y avait le plus grand embarras dans ses affaires commerciales, et que son passif excédait de beaucoup son actif; mais il en résulterait seulement la preuve d'une imprudence coupable de la part du failli, d'avoir continué son commerce. Tant qu'il a conservé son crédit, la confiance de ses correspondants, l'administration libre de ses affaires, les tiers contre qui on n'articule pas de mauvaise foi, ne peuvent être coupables d'avoir ignoré ce que les tribunaux eux-mêmes n'apprennent que depuis la déclaration de faillite, et par l'examen des registres ou d'autres renseignements qui n'avaient rien de public.

Nous avons vu, n° 1100, que l'absence ou la retraite du débiteur n'était pas par elle-même un signe de faillite. Il s'ensuit que si ce commerçant, de retour, reprend les paiements que son absence aurait pu suspendre quelques instants, et si son crédit n'a pas été détruit, quand même cette reprise de paiements serait de courte durée, la faillite qui se manifesterait ensuite ne remonterait pas au jour où le commerçant s'était absenté [3]. Mais, sauf cette exception, l'absence antérieure au jour où l'on provoque et où l'on déclare l'ouverture de la faillite, peut être une époque à laquelle le tribunal aurait droit d'en faire remonter l'ouverture.

Il faut en dire autant de la clôture des magasins, pourvu qu'elle ait été réelle et qu'elle ait produit ce qu'on appelle une rupture de commerce; qu'elle ne puisse être attribuée à aucune autre cause, et qu'il soit impossible de l'expliquer autrement que dans le sens d'une faillite. Ainsi, la vente qu'un commerçant aurait faite de son fonds de commerce, que néanmoins il aurait continué d'exploiter en son nom, n'équivaudrait pas à une clôture de magasins, et, comme telle, ne pourrait être opposée à des créanciers, pour annuler, par l'effet rétroactif donné à la faillite, les engagements que ce failli aurait contractés envers eux.

1106. On a vu, n° 1100, pourquoi le simple refus de payer, allégué par des créanciers, ne pourrait motiver une déclaration de faillite, s'il n'était constaté par des actes de poursuites, et si ces actes n'étaient pas assez nombreux pour constituer ce qu'on peut appeler une cessation de paiements; mais il est naturel qu'une fois cette existence de la faillite reconnue et déclarée, les premiers actes qui ont constaté ce refus, puissent servir à indiquer l'époque véritable de l'ouverture de la faillite.

Il faut néanmoins que ce refus ne soit pas expliqué par des causes ou des circonstances qui éloigneraient toute idée d'insolvabilité [4]. Un commerçant qui avait contracté l'engagement de payer à un domicile élu, peut avoir oublié ou négligé d'envoyer les fonds : on proteste l'effet, quoique dans le même temps ce commerçant paie ailleurs, et notamment à son domicile véritable; huit, dix, quinze jours après, un événement imprévu le force à faillir; il ne serait pas juste de faire remonter l'ouverture de la faillite à l'époque de ce protêt isolé, qui n'était pas le résultat d'une cessation de paiements [5].

1107. Les protêts servent le plus généralement à constater les refus de paiement. Mais, comme les commerçants ne s'engagent pas toujours par lettres de change ou par

[1] Br., 18 mars 1830. J. de Br., 1830, 1e, p. 351, et 1831, 1e, p. 127. Dalloz, t. 15, p. 22. J. du 19e s., 1830, 3e, p. 148.

[2] Rejet, 3 pluviose an x. Dalloz, t. 15, p. 42.

[3] Cass., 2 thermidor an viii. Dalloz, t. 15, p. 41.

[4] Br., 13 janv. 1832. J. de Br., 1832, 1e, p. 157; et J. du 19e s., 1832, 3e, p. 386. Liége, 23 fév. 1832. J. du 19e s., 1832, 3e, p. 304. Dalloz, t. 15, p. 22 et 41.

[5] Rejet, 6 janv. 1813. Dalloz, t. 15, p. 52. Br., 13 oct. 1821. J. de Br., 1821, 2e, p. 247.

billets à ordre, il est naturel que tous autres refus de payer une dette de commerce, servent à indiquer le moment où la cessation de paiements a commencé. Tel serait le refus, non fondé, de payer le montant d'un compte arrêté, ou le prix d'une livraison de marchandises faite au comptant; et sous ce rapport la saisie et vente des meubles, l'interposition d'une saisie immobilière, l'emprisonnement du débiteur, sont de ces preuves extérieures qui ne sauraient être equivoques. Il suffit d'ajouter que les actes de refus doivent être patents. Des renouvellements d'effets, des virements de parties, des sûretés données pour obtenir des termes, s'ils n'ont rien de public, rien qui détruise le crédit, ne sont pas de nature à être considérés, puisque les tiers n'ont pu être avertis, et que c'est de leur intérêt qu'il s'agit dans cette fixation [1].

Des actes extrajudiciaires, des poursuites, ne sont même pas toujours indispensables pour décider les tribunaux : si un commerçant avait écrit une circulaire à ses créanciers, pour demander une surséance de paiement à des dettes échues et exigibles; s'il annonçait ne pouvoir s'acquitter que par portions; ces faits qui, par eux-mêmes, n'auraient pu décider à le déclarer en faillite, qu'autant qu'une cessation effective de paiements les aurait suivis, pourraient servir à prouver, dès qu'une fois la faillite est déclarée, qu'elle existait en réalité le jour qu'ils ont eu lieu. Ne pas payer aux termes, n'acquitter que partie de ses dettes, est un refus à l'égard de ceux qui ne veulent pas accéder à de telles propositions. Ainsi, la convocation qu'un débiteur ferait de ses créanciers, les délais qu'il obtiendrait d'eux pour payer, la surveillance qu'il leur accorderait dans la gestion de ses biens, seraient autant de circonstances propres à déterminer l'époque d'ouverture d'une faillite, qui n'aurait pas été prévenue par ces mesures conciliatoires, suivant les règles que nous donnerons dans le titre quatrième.

Enfin, pour que les signes que nous venons d'indiquer soient capables de fixer l'époque précise de l'ouverture d'une faillite, il faut qu'ils aient été immédiatement suivis de la cessation absolue de paiements, d'après laquelle la faillite est déclarée. Car, si dans le temps intermédiaire, le débiteur avait conservé toutes ses relations de commerce, telles que sa correspondance, la vente publique dans ses magasins, et autres marques apparentes de négociations non interrompues, les premiers signes seraient en quelque sorte effacés, et pourraient être regardés comme indépendants de la faillite dont il s'agit de déterminer l'époque.

On voit par ce qui précède que les juges du fonds ont nécessairement, dans l'application des règles que nous venons de proposer, et dans l'appréciation des faits, un pouvoir discrétionnaire [2].

SECTION IV.

De la Déclaration de faillite d'un commerçant décédé.

1108. Nous avons vu, dans les deux sections précédentes, que le tribunal de commerce devait vérifier et constater deux choses tout-à-fait distinctes, savoir : le fait que *tel* commerçant est en faillite, et l'existence de cet état dès *telle* époque. On conçoit, par conséquent, la possibilité qu'un homme puisse mourir dans l'intervalle du temps qui s'écoule entre l'instant où son état de faillite a commencé, et le jour où le tribunal, spontanément, ou sur la provocation des parties intéressées, déclare l'existence de cet état.

Au premier abord, les créanciers semblent n'avoir aucun intérêt à provoquer la déclaration de faillite du défunt, puisque, soit que la succession ait été acceptée purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire, soit qu'elle ait été répudiée, ils trouvent dans le droit civil des moyens suffisants pour être payés, ou du moins pour que la totalité de l'actif soit partagée entre eux. Mais, indépendamment des mesures qui, en cas de faillite, sont prises contre la personne du débiteur, mesures qui, sans doute, ne peuvent plus s'exécuter après sa mort, nous verrons dans la suite qu'il y a lieu, en outre, à faire administrer ses biens

[1] Pour pouvoir reporter l'époque de l'ouverture de la faillite à la date des actes constatant le refus d'acquitter ou de payer un ou plusieurs engagements de commerce, il faut en général que ces actes aient un caractère de publicité tel, que les tiers puissent en avoir eu connaissance et avoir été informés par là de l'état dans lequel se trouvait alors le commerçant déclaré depuis en faillite. — Br. 9 fév. 1826. J. de Br., 1826, 1e, p. 266. J. du 19e s., 1826, 3e, p. 193. Dalloz, t. 15, p. 19 et 22.

[2] Rejet, 13 nov. 1828.

par les délégués de ses créanciers, à l'application des présomptions légales de nullité de certains actes, et aux modifications qu'éprouvent les droits de la femme, ce qui est particulier au régime des faillites. Il est donc naturel d'en conclure, non pas que, si un commerçant meurt sans avoir cessé ses paiements, le fait que sa succession se trouve insolvable doive fonder une déclaration de faillite; mais que si ce commerçant, ayant cessé ses paiements, meurt avant que le tribunal ait déclaré sa faillite, la mort ne change rien à l'état des choses, puisque c'est la cessation de paiements qui constitue la faillite, et non la déclaration du tribunal [1].

SECTION V.

Comment le jugement est rendu notoire.

1109. La connaissance du jugement qui déclare la faillite et qui fixe l'époque de son ouverture, intéresse le débiteur, ses créanciers et les tiers qui pourraient encore contracter avec lui; il est donc nécessaire de le rendre notoire. A cet effet, il doit être inséré, par extrait, à la diligence des agents dont nous parlerons au chapitre troisième, dans un des journaux du lieu où siége le tribunal de commerce, et s'il n'en existe pas, dans l'un de ceux qui sont imprimés dans le département; cette insertion est justifiée sur la feuille contenant l'extrait, par la signature de l'imprimeur, légalisée par le maire ou son adjoint. Il doit en outre être affiché, et l'apposition être constatée par un procès-verbal d'huissier; le certificat d'un afficheur, même commissionné par l'autorité, ne suffirait pas pour faire courir les délais d'opposition. Du reste, ce jugement est exécutoire par provision [2].

SECTION VI.

Comment le jugement peut être réformé.

1110. Le jugement qui déclare la faillite, et fixe l'époque de son ouverture, peut être l'objet d'une opposition de la part du commerçant contre qui il est rendu : il a, pour former cette opposition, huit jours, à compter de celui du procès-verbal d'apposition d'affiches [3], sans qu'il puisse exciper de ce que le jugement n'a pas été signifié à sa personne ou à son domicile [4]. Cette opposition, qui doit être signifiée aux agents nommés par le jugement attaqué, comme on le verra n° 1144, a tous les caractères de celles qui sont faites aux jugements rendus par défaut contre parties non comparantes; ainsi le nouveau jugement, fût-il rendu par défaut, est réputé contradictoire, et ne peut plus être attaqué que par la voie d'appel [5].

Les motifs de cette opposition peuvent être fondés sur ce que le commerçant n'a pas cessé ses paiements; et, dans ce cas, s'il parvenait à faire rapporter le jugement, il pourrait demander et obtenir, suivant les circonstances, des dommages-intérêts contre ceux qui ont provoqué la déclaration de faillite [6].

Il pourrait arriver que, sans nier les faits de cessation de paiements articulés contre lui, le débiteur prétendît qu'ayant été précédemment admis à une cession de biens dont nous ferons connaître les effets dans le titre sixième, il ne peut être poursuivi par voie de déclaration de faillite. Dans ce cas, il est évident qu'il n'y a plus lieu à prononcer sur la faillite, sauf au créancier poursuivant à attaquer, par les voies de droit, le jugement qui lui serait opposé; et alors le tribunal de commerce doit surseoir [7]. Mais, s'il n'existe qu'une simple demande en cession de biens non jugée, cette circonstance n'empêcherait pas de prononcer la déclaration de faillite.

1 Rejet, 21 vendémiaire an XII. — Rejet, 24 déc. 1818. Dalloz, t. 15, p. 37. Boulay-Paty, des faillites, n. 37, p. 16, édit. de Tarlier. J. de Br., 1820, 2e, p. 25.

2 Boulay-Paty, n. 52. Dalloz, t. 15, p. 31.

3 Le délai de huit jours n'est pas applicable à celui qui fonde son opposition sur ce qu'il n'est pas commerçant. Br., 18 fév. 1824, J. de Br., 1824, 1e, p. 373.

4 J. du 19e s., 1832, p. 815. Boulay-Paty. n. 53. Mais voy. Sirey, 14, 2e, p. 185.

5 Rejet, 9 janv. 1812. Dalloz, t. 15, p. 61. Boulay-Paty, n. 60.

6 Ils en sont tenus solidairement. Br., 19 avril 1828. J. du 19e s., 1830, 3e, p. 343.

Lorsqu'une déclaration de faillite a été provoquée par un créancier contre son débiteur, non pas dans l'intention de lui nuire, mais dans la seule crainte non dénuée de fondement de perdre sa créance, les dommages-intérêts dont il est passible, en cas de réformation du jugement qui avait déclaré la faillite, doivent uniquement être de la perte que le débiteur a soufferte par suite de cette déclaration et du gain dont il a été privé. — Br., 13 janv. 1832. J. de Br., 1832, 1e, p. 157. J. du 19e s., 1832, 3e, p. 386.

7 Cass., 4 nov. 1823. J. de Br., 1824, 2e, p. 378.

Le débiteur peut aussi, même en avouant sa faillite, se borner à établir que la date d'ouverture a été reportée à une époque qui l'expose à certaines présomptions de fraude dont nous parlerons plus bas.

Le failli pourrait avoir laissé écouler le délai d'opposition. Nous ne doutons point qu'il n'ait le droit d'interjeter appel dans les trois mois, à compter du jour où l'opposition a cessé d'être recevable. C'est une règle de droit commun ; et il faudrait, pour en refuser l'application, nn texte spécial, qui n'existe point.

1111. Des créanciers peuvent, de leur côté, attaquer le jugement rendu pour déclarer la faillite, et en fixer l'époque. Il est évident que,si la demande en déclaration de faillite avait été formée par eux, et qu'elle eût été rejetée, ou que le tribunal, en l'admettant, eût fixé l'ouverture à une autre époque que celle qu'ils prétendaient être la véritable, c'est par la voie d'appel qu'ils doivent se pourvoir [1]. La cour, saisie de l'appel, apprécie de nouveau les faits et les preuves, et prononce [2].

Mais des créanciers qui n'ont point figuré dans le jugement peuvent avoir intérêt à l'attaquer. Ils doivent prendre la voie de l'opposition. Il n'est pas impossible qu'ils aient un véritable intérêt à faire décider que l'état de faillite n'existait pas. Ainsi, lorsqu'un homme, qui aurait fait quelques opérations commerciales, se déclare ou est déclaré en faillite, des créanciers pourraient soutenir qu'on s'est mépris sur sa qualité, qu'il n'était pas commerçant, d'après les règles expliquées n[os] 77 et suivants. On verra; par ce que nous dirons n° 1321, sur la différence entre la faillite et la déconfiture, ce qui peut justifier cet intérêt. Ainsi, lorsqu'un commerçant, effrayé par l'embarras instantané de ses affaires qui le force à suspendre ses paiements, fait la déclaration dont nous avons parlé n° 1096, et que le tribunal la déclaré sa faillite ouverte, les créanciers pourraient se réunir, reconnaître que leur débiteur est presque au-dessus de ses affaires, et lui accorder unanimement quelques termes. Si, dans une telle circonstance, ils demandent la rétractation du jugement, il semble que ce droit ne pourrait être contesté par le ministère public, et que le tribunal pourrait accueillir leur opposition, pourvu que la décision ne fût point encore passée en force de chose jugée ; car dans ce cas elle ne pourrait être accueillie [3]. A ce moyen, le débiteur se trouverait n'avoir éprouvé qu'une suspension de paiements dont nous parlerons dans le titre quatrième.

Le plus souvent, les créanciers ne réclament qu'en ce que l'époque d'ouverture de la faillite a été fixée à un jour trop éloigné, ou trop rapproché. Dans tous ces cas, on ne peut leur opposer d'autres fins de non recevoir, que celles qui résulteraient de quelque consentement donné en connaissance de cause, ce qui devrait être apprécié d'après les circonstances [4]. Par exemple, si un créancier avait lui-même provoqué la déclaration de faillite de son débiteur, il ne pourrait prétendre que l'époque de l'ouverture dût être portée à un temps postérieur à sa demande en déclaration [5].

Le délai d'opposition est diversement fixé, selon la position de ceux qui veulent user de cette voie. Les créanciers, on tous autres intéressés,qui se sont présentés en personne, ou qui se sont fait représenter aux vérifications de créances dont nous parlerons dans la suite, peuvent former opposition jusques et y compris le jour où chacun d'eux a fait vérifier sa créance [6]. Quant aux créanciers en demeure, ils sont admissibles jusqu'à l'expiration du second délai que nous verrons leur être accordé pour se présenter à la vérification.

A l'égard de ceux qui, n'ayant point d'actions à exercer contre le failli, ni de droits à prétendre dans la masse, ne peuvent se dire créanciers au moment de l'ouverture de la faillite, si, par l'introduction de quelque demande contre eux, soit en nullité, soit en révocation d'actes qu'ils auraient passés avec le failli, ils se trouvent poursuivis, et croient convenable à leurs intérêts d'attaquer le jugement déclaratif de faillite, soit en lui-même, soit sous le rapport de la fixation de l'époque d'ouverture, on peut dire que le droit d'attaquer le jugement naît en leur faveur, à l'instant qu'on en fait usage

1 Br., 28 nov. 1823. J. de Br., 1824, 1e, p. 315.

2 Rejet, 24 dec. 1818. Dalloz, t. 15, p. 37.

3 Cass., 28 nov. 1827. J. du 19e s., 1828, 1a, p. 121.

4 Rejet, 7 avril 1819.

5 Mais il ne serait pas, par cela seul, non recevable à former tierce opposition au jugement qui en fixe l'ouverture. Liege, 11 mars 1825. J. du 19e s., 1827, 3e, p. 199.

6 Voy. sur ce point, Dalloz, t. 15, p. 59, n. 3 et Code de comm., art. 457.

contre eux ; que c'est une exception qui naît de l'action même à laquelle ils défendent, et qui doit durer autant que cette action [1]. Cependant on peut répondre que la disposition de la loi est absolue, tant contre les créanciers que contre tous les cointéressés ; qu'il s'agit ici d'une procédure spéciale, qui n'admet pas les principes du droit commun sur les tierces oppositions ; et ce dernier sentiment, quoique sujet à quelques inconvénients, paraît avoir été préféré [2].

1112. Cette voie ouverte aux créanciers ou autres tiers intéressés contre le jugement qui a déclaré leur débiteur en faillite, n'a pas les mêmes caractères que l'opposition à laquelle le failli est admis. C'est dans la réalité ce qu'en termes de procédure on nomme une tierce opposition dont l'exercice est renfermé dans un délai plus court que celui qu'accorde le droit commun. Celui qui aurait laissé expirer ce délai ne pourrait donc prendre la voie d'appel.

Dans quelques circonstances que le jugement soit ainsi attaqué, fût-ce incidemment à un autre procès et devant un tribunal égal en pouvoirs, ou même supérieur à celui qui a rendu ce jugement, la question doit être renvoyée à la décision du tribunal qui a prononcé l'ouverture de la faillite ; tout autre est incompétent [3] : cette compétence est absolue, et ne peut être couverte par aucun consentement. Quant à l'appel, voie évidemment ouverte à ceux qui ont succombé en première instance, on suit les règles que nous indiquerons dans la septième partie.

1113. Mais, lorsque le jugement qui a déclaré la faillite et en a fixé l'ouverture, a été ou acquiescé par le silence des intéressés, ou maintenu contradictoirement avec eux, rien ne s'oppose encore à ce que le tribunal, mieux éclairé sur les faits, ne change l'époque de fixation [4]. Presque toujours même il en fait la réserve, en déclarant la fixation provisoire, ainsi que nous l'avons dit n° 1104. Quelques inconvénients qui puissent en résulter, ce droit des tribunaux ne paraît pas douteux [5].

Cette nouvelle décision peut être attaquée par le failli, puisqu'elle peut lui nuire, en l'exposant à des poursuites en banqueroute. Supposons, en effet, qu'un débiteur soit déclaré en faillite ouverte à compter du 1er juillet, et que, ne trouvant point que ce jugement lui fasse tort, il y acquiesce ; si un jugement postérieur, rendu sans qu'il ait été appelé pour se défendre, reporte l'ouverture au 1er février précédent, il peut en résulter pour lui une position fâcheuse. Les actes et engagements qu'il avait souscrits au mois de mai seront présumés frauduleux quant à lui, tandis que ces mêmes actes n'étaient point frappés de cette présomption, si la faillite ne s'était ouverte que le 1er juillet. Il n'avait aucun intérêt à attaquer le premier jugement ; il en a un grand à attaquer le second. Des créanciers et autres intéressés peuvent être, pour ce qui les concerne, dans la même position.

La faculté d'attaquer ce nouveau jugement n'est plus soumise aux délais rigoureux dont nous avons parlé. On rentre dans le droit commun qui permet à quiconque y a intérêt de former tierce opposition à un jugement dans lequel il n'a pas été appelé et qui préjudicie à ses droits [6].

CHAPITRE II.

Des Effets immédiats de l'état de faillite.

1114. L'état de faillite frappe le commerçant qui en est atteint, de quelques incapacités politiques ou commerciales que nous détaillerons n° 1313.

En ce qui concerne sa fortune, dès l'instant que le débiteur cesse ses paiements, elle devient le gage commun de tous ses créanciers.

Le failli n'offrant plus de sûretés aux créanciers, ses dettes, quelles qu'elles soient, deviennent exigibles. Les procurations, prépositions, commissions qu'il aurait données ou reçues, cessent conformément aux principes et sous les modifications expliquées

1 Br., 18 déc. 1829. J. de Br., 1830, 1n, p. 418. J. du 19e s., 1830, 3e, p. 83.

2 Cass., 10 nov. 1824. Dalloz, t. 15, p. 67 et 59, n. 5, où il combat notre auteur.

3 Cass., 30 nov. 1824. Voy. en sens contraire, Boulay-Paty, n. 55.

4 Boulay-Paty, n. 56, combat cette opinion ; voy. aussi Dalloz, t. 15, p. 61.

5 Rejet, 8 janv. 1829.

6 Cass., 15 mars 1830. J. du 19e s., 1830, 1n, p. 90. Boulay-Paty, n. 54 : mais voy. Dalloz, t. 15, p. 59, n. 5.

nos 555 et suiv. ; les sociétés qu'il aurait contractées sont dissoutes, comme on l'a vu no 1066 ; le mandat donné ou reçu par le failli n'a plus d'effets.

Enfin, de justes considérations sur les fraudes dont les faillis se rendent souvent coupables, en favorisant quelques créanciers au préjudice des autres, par des actes dont il n'est pas toujours facile de prouver l'injustice, ont fait établir des présomptions légales de nullité, déduites du fait seul que certains actes ont été passés dans un temps voisin de l'ouverture de la faillite, et indépendante de la preuve directe de fraude, qui sera l'objet du chapitre septième.

Cet exposé indique la division du présent chapitre en trois sections.

SECTION PREMIÈRE.

Du Dessaisissement du failli.

1115. Nous venons de dire que, par le fait de sa faillite, le débiteur était dessaisi de l'administration de ses biens [1]. Il ne faut pas, toutefois, confondre le dessaisissement avec l'expropriation ; leurs résultats ne sont pas les mêmes. L'expropriation a pour effet de dépouiller entièrement le propriétaire de cette qualité, et de la transmettre à un acquéreur ; le dessaisissement ne suspend que momentanément l'exercice du droit de propriété, en le laissant néanmoins reposer sur la tête du failli. Ainsi, nous verrons, dans la suite, qu'après l'homologation du concordat, le débiteur rentre dans l'exercice de ce droits, sans qu'il soit besoin qu'un jugement le réintègre dans sa propriété.

Dans les trois paragraphes suivants, nous allons faire connaître comment s'opère ce dessaisissement, à quoi il s'étend, quels effets il produit.

§ Ier. *Comment s'opère le dessaisissement.*

1116. Le dessaisissement s'opère par cela seul que l'état de faillite existe. Une disposition particulière, dans le jugement déclaratif, n'est point nécessaire ; et d'un autre côté, le tribunal ne pourrait en affranchir le failli.

Dans la rigueur, lorsque, conformément à ce qui a été dit nos 1104 et 1112, l'époque de la faillite est reportée à une date antérieure au jugement qui en déclare l'existence, tout ce qu'a fait le failli, depuis cette époque, devrait être frappé de nullité, puisque le moment de la faillite est aussi celui où il a été dessaisi [2]. Nous verrons dans le paragraphe troisième les difficultés sérieuses auxquelles donne lieu l'application de ce principe. Il importe seulement de remarquer que l'intérêt des tiers de bonne foi, dictant cette modification, ces actes sont toujours réputés frauduleux de la part du failli. Comme il ne peut ignorer sa position, il ne saurait invoquer sa bonne foi. Il doit se considérer comme simple conservateur de son actif jusqu'au moment où les administrateurs légitimes en seront saisis ; et toute disposition qu'il en ferait, sous quelque prétexte que ce soit, établit contre lui une présomption de fraude dont il faut qu'il se justifie. Cette présomption remonte même à dix jours avant l'ouverture ; et s'il ne se justifie pas, soit en prouvant qu'il a agi dans un but d'utilité, soit en montrant l'emploi des valeurs dont il a disposé, ou qu'il a reçues, il peut être poursuivi comme banqueroutier frauduleux.

§ II. *A quoi s'étend le Dessaisissement.*

1117. Quels que soient les biens du failli, meubles, immeubles, dépendant ou non de son commerce, l'administration lui en est retirée. Mais comme le dessaisissement n'est point une interdiction, il reste habile à former ou à soutenir les demandes étrangères à cette administration ; par exemple, à plaider pour faire rétracter ou modifier le jugement qui le déclare en faillite, pour réclamer ses droits personnels contre la

[1] La cour de cassation et les cours de Belgique, sont divisées sur la question de savoir si le dessaisissement, dont le failli est frappé aux termes de l'art. 442 du code de comm., remonte au jour de l'ouverture de la faillite

La cour suprême, par trois arrêts, Bull. de cass., 1833, p. 392, a consacré la négative. Un arrêt récent de la cour de Br., du 4 mai 1836, prononcé en audience solennelle, adopte l'affirmative, arrêt fortement motivé, et qui est conforme à la jurisprudence des diverses cours du royaume, pourra ne pas être sans influence pour déterminer un changement de jurisprudence dans le sein de la cour suprême qui aura à se prononcer sur la question en chambres réunies. J. de Belg., 1836, p. 268, où l'on trouvera le réquisitoire remarquable prononcé par M. le procureur général Fernelmont, dans le sens de l'arrêt du 4 mai.

[2] Rejet, 21 mars 1822

masse, s'opposer aux actes qui pourraient les blesser, etc. [1]. De même, il ne perd pas l'administration des biens de ses enfants, jusqu'à ce que la tutelle lui soit retirée dans les formes légales, ni de ceux de sa femme, jusqu'à ce qu'elle ait fait prononcer sa séparation de biens; et, dans cet état de choses, ses créanciers ne peuvent toucher les revenus des biens de ses enfants ou de sa femme, qu'à condition de supporter les charges auxquelles le droit civil affecte ces mêmes revenus.

Tout ce que le débiteur acquiert depuis la faillite, étant le gage des créanciers, tombe, au fur et à mesure qu'il lui est acquis, dans ce dessaisissement. Les tribunaux doivent appliquer ces principes avec la juste mesure et les modifications que les circonstances et l'équité pourraient leur suggérer. Le failli qui se livrerait à quelque travail personnel ou d'industrie ne devrait donc pas être privé, en quelque sorte, jour par jour, des rétributions ou des profits qu'il pourrait acquérir par cette voie. On ne doit pas perdre de vue, surtout, que les biens nouvellement acquis par le failli, n'entreraient dans la masse qu'avec leurs charges particulières. Ainsi, les créanciers d'une succession pourront demander et obtenir la séparation des patrimoines, de manière que les créanciers du failli ne concourent point avec eux sur les biens qui lui adviennent de cette manière. Ainsi, les charges imposées à une donation seront acquittées, avant les dettes de la faillite, sur les biens donnés, etc [2]. Ces principes servent à décider que des entreprises ou autres opérations commerciales auxquelles le failli se livrerait, sont valables en elles-mêmes, pourvu qu'elles n'aggravent ou ne changent point le sort des créanciers antérieurs au dessaisissement; et ceux qui prétendraient quelques droits par suite de ces opérations postérieures, pourraient exiger que l'on ne confondît pas dans la masse du failli ce qui provient des nouvelles opérations, à l'occasion desquelles leurs droits ont pris naissance, à moins qu'on ne remplît les obligations qui en résultent à leur égard.

C'est par les principes que nous venons d'indiquer, et par ceux que nous avons fait connaître dans la précédente partie, qu'on peut se décider sur les sociétés ou associations que le failli contracterait depuis l'ouverture de sa faillite. Il n'a pas droit, sans doute, de rien prendre dans son actif pour en composer sa mise sociale. Mais si sa mise ne consiste que dans son industrie; si elle lui est fournie par un ami qu'on ne puisse soupçonner de fraude, aucun consentement de ses créanciers n'est requis. La société dans laquelle ce failli aura été admis par des personnes que sa situation n'aura pas détournées de ce projet, formera une masse, ayant son individualité. Les droits, les dettes de la société, seront réglés sans aucun égard à la position du failli. S'il n'y a que des pertes, la masse ne sera point tenue de les supporter. S'il y a quelques bénéfices, ses créanciers pourront, en signifiant qu'ils s'opposent à la liquidation faite sans eux, toucher ce qui lui reviendra net : l'équité ne permettrait même pas que la masse s'en emparât, sans supporter une déduction pour les aliments du failli et de sa famille.

§ III. *Des Effets du dessaisissement.*

1118. Le dessaisissement ne rétroagit point au-delà du jour auquel a été fixée l'ouverture de la faillite, sauf l'application de quelques règles spéciales sur les présomptions de nullité dont nous parlerons dans la troisième section. Ainsi, les négociations auxquelles ces présomptions ne sont pas applicables, faites avant le jour d'ouverture de la faillite, sont valables, sauf aux créanciers à les attaquer comme frauduleuses, conformément aux règles que nous donnerons dans le chapitre septième.

Mais si, comme on l'a vu nº 1116, le tribunal faisait remonter l'ouverture de la faillite à une époque antérieure au jour où l'existence en a été proclamée, la rigueur du principe conduirait à décider que le dessaisissement a commencé dès cette époque [3]. C'est ici qu'on ne peut se dissimuler de grandes difficultés, relativement à la validité et aux effets des actes faits par le failli, dans l'intervalle qui se trouve entre le jour auquel l'ouverture de la faillite est reportée, et celui où le jugement qui la déclare a acquis une publicité susceptible d'avertir les tiers.

1119. D'abord, il ne nous paraît pas qu'on

[1] Cass., 21 nov. 1827 J. du 19e s., 1828, 1e, p. 9

[2] Boulay-Paty, n. 66

[3] Voy. n. 1115, à la note

puisse considérer comme non avenus, ou faire annuler par la seule circonstance qu'ils sont postérieurs au jour auquel l'ouverture de la faillite a été reportée, les actes qui ont été consommés sans laisser de suite. Par exemple, un commerçant est déclaré en faillite par un jugement du 30 décembre, et le tribunal en reporte l'ouverture au 10 janvier précédent; pendant cet intervalle, et même après, jusqu'au moment où l'apposition des scellés, ou l'entrée en fonctions des agents, pouvait annoncer extérieurement l'existence de faillite, ce commerçant a vendu, débité ses marchandises, et a fait des envois; il a reçu ou fait le paiement de dettes ou de créances échues, ou dont l'échéance est arrivée pendant ce temps intermédiaire : les acheteurs, les débiteurs, les créanciers, voyant les magasins occupés et desservis par le failli, n'ont pu ni dû prendre d'informations; ils ont traité, si l'on peut s'exprimer ainsi, plutôt avec les choses qu'avec la personne; serait-il juste que, sans prouver que le désordre des affaires de celui avec qui ils ont traité leur était connu [1], ils fussent condamnés à rapporter ce qu'ils ont acheté ou reçu, sauf à figurer comme créanciers dans la masse, sous prétexte qu'un jugement rendu le 30 décembre, apprend que, dès le 10 janvier, le failli ne pouvait plus disposer de rien? N'est-il pas plus conforme à la justice et à la raison, que les négociations consommées par la tradition ou l'enlèvement des choses achetées, si c'est lui qui a été cédant ou vendeur, ou par le paiement, s'il a été cessionnaire ou acheteur, ne puissent pas être annulées, si ce n'est pour cause de fraude; ce qui n'empêcherait pas néanmoins de juger le failli, suivant la rigueur des principes que nous indiquerons dans le titre second, pour avoir fait des négociations, nonobstant la connaissance qu'il avait du mauvais état de ses propres affaires. Il en serait ainsi, à bien plus forte raison, si les paiements faits ou reçus pendant ce temps intermédiaire, l'avaient été par suite de poursuites, condamnations, etc. [2].

1120. Il y aurait plus de doute relativement aux négociations faites sur la foi d'un crédit accordé au failli par ceux qui lui ont vendu ou prêté. On pourrait prétendre qu'ils ont suivi la foi de celui avec qui ils traitaient, et les chances qui lui arriveraient : on pourrait, dès lors, accorder à la masse des créanciers le droit de refuser d'exécuter ces engagements, s'ils n'y trouvent pas intérêt, ou s'il n'est pas reconnu que les négociations dont il s'agit résultent de droits antérieurs à l'époque où le tribunal a fait remonter la faillite. Dans ce cas, il ne resterait à ceux qui, par suite de négociations semblables, auraient fait des avances au failli, d'autre ressource que de se faire comprendre parmi les créanciers, s'il était reconnu, par les livres, que ces valeurs sont entrées dans la masse qui ne doit pas s'enrichir à leurs dépens.

Toutefois, une règle inflexible sur ce point aurait de graves inconvénients. Il est plus conforme à l'équité et à l'intérêt du crédit, de laisser aux tribunaux le soin d'apprécier les circonstances, et de combiner les précautions prises dans l'intérêt de la masse, avec les principes qui veulent que, dans le commerce surtout, les conventions faites de bonne foi soient respectées [3]. Ils suivraient, par une analogie qui est évidente, les principes indiqués nos 559, et 561, sur les effets de la révocation de pouvoirs.

1121. A l'aide de ce qui vient d'être dit, on peut prononcer sur la validité d'un paiement que le failli aurait fait avec des marchandises de son magasin. Si rien n'a pu instruire celui qui les a reçues, la dation en paiement sera aussi valable que l'eût été la vente. Mais si la créance ainsi payée avait donné lieu à des poursuites qui, elles-mêmes, serviraient d'éléments pour constater la cessation de paiements et l'état de faillite, la bonne foi du créancier deviendrait suspecte, ces circonstances n'ayant pas dû lui permettre de méconnaître la position de son débiteur : à plus forte raison, si les précautions qu'il a prises annoncent qu'il se défiait lui-même de la légitimité de la négociation, devra-t-on présumer qu'il a connu ce qui était de nature à être facilement remarqué.

Quelquefois on peut être embarrassé pour apprécier les faits et l'intention, lorsque l'intervalle entre le jour où la faillite est déclarée, et l'époque à laquelle on la fait

1 Rejet, 2 juill. 1823.—Cass., 22 juill. 1823. — Rejet, 13 mars 1829.—Rejet, 17 mars 1829. Dalloz, t. 15, p. 93. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 242.

2 Rejet, 16 mai 1815. Dalloz, t. 15, p. 87.

3 Rejet, 28 mai 1823.—Rejet, 7 mars 1827. Dalloz, t. 15, p. 91. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 318.

remonter, est considérable; mais il s'en trouve beaucoup moins, lorsque l'opération est voisine du moment où l'état de faillite a acquis une notoriété capable de décider le tribunal à prononcer la déclaration, sans y être provoqué, cette notoriété étant la plupart du temps précédée de notions individuelles qui s'accumulent.

1122. Quant aux négociations faites, avec le failli, depuis que le jugement a été affiché ou que les agents sont entrés en fonctions, autres que celles qu'auraient consenties des commis ou préposés éloignés, avec des personnes de bonne foi [1], aucun prétexte ne pourrait les rendre valables par elles-mêmes. Les contractants n'ont pu ignorer un état certifié, pour ainsi dire, au public, et accompagné d'une notoriété légale. Ils sont présumés avoir traité de confiance avec le failli, et s'être fiés à son obligation personnelle. Sans doute, celui-ci serait coupable s'il avait gardé le silence, s'il n'avait pas annoncé son impuissance d'agir; mais ses engagements n'obligeraient la masse, que s'il y avait ratification ou approbation de ceux qui l'administrent, par exemple, s'ils avaient souffert que le failli restât dans ses magasins, et qu'il y continuât le débit de ses marchandises, ses fabrications, ou les autres travaux dont se composait son commerce.

Du reste, il est bien entendu qu'on ne pourrait considérer comme un paiement fait depuis l'ouverture de la faillite, le fait par lequel un créancier qui aurait reçu régulièrement, et sans fraude, de son débiteur, par voie d'endossement, des traites sur des tiers, échéantes à une époque postérieure à l'ouverture de la faillite, toucherait le montant de ces traites. Ce qu'il faudrait considérer, ce ne serait pas le jour du paiement, mais celui de la négociation qui lui a transmis les créances [2].

1123. L'effet du dessaisissement est aussi, entre les créanciers, de fixer leur position, de manière que, d'un côté, nul ne puisse acquérir de droits particuliers au préjudice de la masse; et de l'autre, que des actes conservatoires ne soient plus nécessaires pour assurer contre la masse des créanciers l'exercice des droits existant au moment de la faillite. Mais il n'en faudrait pas conclure que l'état de faillite d'un débiteur dût opérer au profit de ses créanciers une suspension de la prescription contre leurs droits. Ils doivent agir, en se présentant à la vérification dont nous parlerons plus bas, lorsque, par la nature de leur créance, ils ne sont pas soumis à faire des actes plus spéciaux pour la conservation de leurs droits, ainsi que nous l'avons dit n° 240. Si le terme de la prescription était sur le point de s'écouler avant le moment où, dans l'ordre des opérations de la faillite, on aura à s'occuper de la vérification des créanciers, ils doivent agir contre la masse, de manière à interrompre la prescription suivant les règles du droit commun.

A plus forte raison, lorsqu'il s'agit de conserver des droits contre des tiers, par des inscriptions hypothécaires, l'état de faillite du débiteur ne peut-il dispenser les créanciers de renouveler leurs inscriptions, ainsi que nous le dirons n° 1136.

Nous ferons connaître, dans le chapitre quatrième, les autres effets du dessaisissement, en ce qui concerne les actions qui peuvent intéresser le failli, activement ou passivement.

SECTION II.

De l'Exigibilité des créances.

1124. Lorsqu'un créancier accorde quelques termes à son débiteur, c'est sous la condition que ce dernier conservera sa solvabilité. Ainsi, comme nous l'avons dit n° 183, la faillite doit rendre exigibles toutes les dettes du failli, et, en général, attribuer au créancier qui était par sa convention obligé d'attendre l'arrivée d'un terme quelconque pour exercer son droit, la faculté de l'exercer de suite, sans observer le délai convenu [3]. On a vu, n° 1065, comment cette règle s'appliquait à une société dont l'un des membres tomberait en faillite.

Mais il est important de déterminer ici les effets de l'exigibilité des créances, tant à l'égard de la masse qui représente le failli, qu'à l'égard de ses codébiteurs ou de ses cautions non faillics. Ce sera l'objet des deux paragraphes suivants.

1 Rejet, 15 fév. 1808.

2 Rejet, 25 avril 1826.—Cass., 20 août 1828. J. du 19e s, 1828, 1e, p. 344.

3 Rejet, 10 mai 1809.

§ Ier. *Des effets de l'exigibilité à l'égard de la masse.*

1125. L'exigibilité dont nous parlons n'a pas les mêmes effets que celle qui dériverait de l'échéance régulière d'un terme conventionnel. Elle ne donne pas au créancier le droit de demander, ni de recevoir, à l'instant que la faillite s'ouvre, le montant intégral de sa créance. Comme cette exigibilité n'existe que par la faillite et par l'événement qui produit le dessaisissement, elle est subordonnée à tout ce qui en est la suite naturelle, et notamment à ce que le créancier ne puisse recevoir de paiements que par le moyen des répartitions qui auraient lieu dans la suite, à moins que la qualité privilégiée de la créance ne lui donne quelque droit de préférence.

Ainsi, cette exigibilité accidentelle ne produit point la compensation avec une créance exigible par elle-même. Par exemple, au moment où Paul est tombé en faillite, Pierre était son débiteur d'une somme échue : de son côté, Paul failli, devait à Pierre, des sommes payables à une époque non arrivée à l'instant de l'ouverture de la faillite. Pierre ne sera pas fondé à exciper des principes qui rendent exigibles toutes les dettes de son débiteur, pour opposer la compensation. Ce qui lui est dû n'est plus précisément ce qu'il pouvait demander à Paul, en vertu du titre constitutif de la créance; il n'a plus droit qu'à une quotité de cette créance, proportionnée à ce que les autres prendront aussi dans la masse, suivant les règles particulières aux distributions entre les créanciers d'un failli. S'il pouvait, par l'exception de compensation, éteindre la totalité de sa dette, il obtiendrait le paiement intégral de sa créance, et alors il serait mieux traité que les autres créanciers; or, nous avons vu, n° 235, que la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des tiers. D'ailleurs, cette compensation lui procurerait un paiement par anticipation, que nous verrons plus bas être interdit; et, comme le même événement qui rend sa créance exigible est celui qui ne permet plus que le failli fasse volontairement des paiements, il en résulte l'inadmissibilité de la compensation [1].

Par la même raison, appliquée en sens inverse, celui qui est créancier du failli pour une somme échue, et débiteur d'une créance à terme, ne pourra pas, en renonçant à ce terme dans le cas où il a cette faculté, suivant les principes expliqués n° 199, rendre cette somme compensable avec ce qu'il doit. Ainsi, Pierre est créancier de 1,000 fr. de Paul, qui vient de faillir, et doit à ce même Paul 1,000 fr., payables dans six mois. Pierre ne pourra déclarer que, renonçant au terme, il veut compenser; parce que ce n'est plus au failli qu'il devra dans six mois, mais bien à la masse de la faillite. Le failli n'étant plus maître de sa fortune, aucun paiement ne peut lui être fait au préjudice de la saisie-arrêt légale que prononce la loi, en le dessaisissant de l'administration de ses biens, et en ne permettant plus de payer à d'autres qu'aux administrateurs qui sont nommés. Pierre recevra dans la faillite le dividende proportionnel de sa créance, et lorsque sa dette écherra, il devra la payer en entier à la masse.

On sent bien qu'il ne pourrait en être ainsi, dans le cas où les deux dettes étaient exigibles avant la faillite, elles se sont éteintes de plein droit, suivant les principes expliqués nos 225 et suiv. Quant aux dettes qui se trouveraient échoir simultanément au même terme, mais après la faillite ouverte, il n'y a plus de compensation, sinon jusqu'à concurrence du dividende dû par la faillite, car les deux dettes ne subsistent pas de la même manière.

1126. Ce que nous venons de dire, étant fondé sur le principe développé n° 235, que la compensation ne peut avoir lieu au préjudice des tiers, il faut en tirer la conséquence que le failli, rétabli dans la jouissance de sa fortune, par un arrangement quelconque avec ses créanciers, ne pourrait faire valoir cette exception, réservée à la masse seule.

Ces principes sur la compensation ne sont point applicables au cas où l'une et l'autre dettes, quoiqu'exigibles à des époques différentes, dérivent du même titre et sont corrélatives. Par exemple, Paul avait assuré les marchandises de Jean pour 100,000 francs, moyennant une prime de 10,000 francs, et tombe ensuite en faillite. Sa masse ne peut exiger, en cas de sinistre, que Jean paie la prime de 10,000 fr., sauf à entrer en con-

[1] Cass., 12 fév. 1811. — Cass., 17 fév. 1823. Dalloz, t. 15, p. 68 et 79. J. du 19e s., 1832, 1e, p. 429. Deux masses de créanciers de failli ne peuvent s'opposer la compensation Liége, 26 janv 1832. J. du 19e s., 1832, p. 74.

tribution pour le capital de 100,000; ce dernier retiendra la prime de 10,000 qu'il a promise, et viendra en contribution pour 90,000 fr. seulement. Nous avons déjà donné, n° 586, un exemple de l'application de ces principes aux comptes courants, dans l'intérêt des tiers; nous en verrons d'autres n° 1218, relativement aux deux parties qui étaient en compte courant.

1127. On n'excepte point de cette exigibilité les créances privilégiées ou garanties par des nantissements; l'état de la faillite forçant les créanciers à se réunir pour conserver le gage commun et convertir l'actif du failli en sommes qui puissent être réparties, il serait impossible d'arriver à ce but, si les créances privilégiées généralement sur tous les effets mobiliers, ou particulièrement sur quelques meubles, n'étaient pas aussi exigibles; car ceux à qui elles sont dues auraient droit, pour leur sûreté, de s'opposer à la répartition et notamment à la vente des choses affectées à leur privilége.

Le même motif doit rendre exigibles les dettes hypothécaires. Nous verrons, n° 1266, que les créanciers de cette classe sont appelés à prendre part aux répartitions, tantôt par provision, en attendant que le résultat de l'ordre des immeubles hypothéqués fasse connaître si le prix suffira pour les payer, tantôt définitivement, lorsque l'insuffisance du prix des immeubles oblige de les rejeter dans la classe des chirographaires. Or, dans le premier cas, on ne pourrait les admettre à ces distributions si leurs créances à terme ne devenaient pas exigibles, et dans le second, leur condition serait moins favorable que celle des chirographaires. Mais les motifs sur lesquels cette exigibilité est fondée démontrent que ces créanciers ne peuvent invoquer cette exigibilité accidentelle pour exiger leur paiement par action principale, c'est-à-dire pour provoquer la vente du mobilier, du gage, l'expropriation des immeubles, avant l'échéance conventionnelle; ils doivent attendre le résultat des opérations de la faillite, par suite desquelles on procédera à la contribution ou à l'ordre, ce qui leur donnera le moyen d'être payés, sans égard à la non-échéance du terme.

1128. Il pourrait se faire que l'obligation non échue d'un failli fût corrélative à une autre que le créancier aurait contractée envers lui : telle serait la location d'une maison, d'un magasin, etc. La faillite donne un juste sujet de craindre que les loyers ne soient pas exactement acquittés. Il est donc juste que le bailleur puisse exiger tous les loyers à courir, sans être obligé de se contenter de la garantie des meubles qui garnissent la maison, puisque cette obligation de garnir est imposée à tout locataire, même non failli, et que, d'ailleurs, le bail pouvant être pour plusieurs années, la valeur du mobilier ne représente pas le prix entier du loyer pendant la durée conventionnelle de la location [1].

A la vérité, comme l'obligation du locataire avait quelque chose de conditionnel, puisque le bailleur est tenu de faire jouir; et n'est créancier que sous cette condition, la masse peut se borner à donner caution; elle jouirait de cette faveur, quand même elle céderait ses droits ou qu'elle sous-louerait la maison à son profit.

Le même principe s'appliquerait à une vente de marchandises dont la livraison se trouverait avoir été indiquée pour une époque postérieure à la faillite. Le vendeur aurait droit d'exiger caution qu'à l'époque stipulée on lui paiera intégralement tout ce qu'il a promis de livrer; et, à défaut de cette sûreté, il pourrait demander la résiliation du marché : par suite de ce que nous avons dit, n° 563, le même droit appartiendrait au commissionnaire qui a fait l'achat pour un commettant. Quelquefois même la nature de la négociation peut être telle que le vendeur ait droit de la faire résilier, sans être obligé de se contenter d'une caution; par exemple, si un auteur avait cédé le droit d'imprimer son manuscrit, et qu'avant l'époque de livraison de ce manuscrit, l'éditeur tombât en faillite, cet auteur aurait la faculté de faire résilier la convention, parce que la publication d'un ouvrage étant souvent un objet de confiance personnelle, l'auteur peut ne pas en avoir, dans la masse des créanciers, autant que dans celui avec qui il a traité.

Les principes que nous venons d'exposer s'appliqueraient à celui au profit de qui le failli aurait souscrit des billets pour un équivalent promis et dont le terme se trouverait tomber à une époque où la faillite est ouverte. Celui qui a reçu ces billets du failli peut, en les rendant à la masse, ou s'il les a négociés en donnant garantie que la masse ne

1 Rejet, 18 déc. 1807.

sera pas tenue de les payer, refuser d'exécuter son engagement. Il est dans le cas prévu, n° 289, du vendeur qui a juste sujet de craindre de n'être pas payé, parce que des billets ne sont pas de l'argent; ils ne sont qu'un titre pour en demander; et la faillite du souscripteur démontre qu'ils ne seront pas payés intégralement. On verra dans le chapitre II, du titre X, plusieurs questions qui peuvent naître à ce sujet, mais qui y trouveront plus naturellement leur place.

A l'égard des autres créances conditionnelles ou éventuelles, on suivrait les règles que nous avons données, n°s 184, 228 et 864, qui peuvent s'appliquer toutes les fois que la convention, au lieu d'être simplement à terme, ne doit produire que des effets successifs et futurs.

§ II. *Des effets de l'exigibilité à l'égard des codébiteurs solidaires, ou des cautions non faillies.*

1129. La dette à laquelle le failli est obligé peut être solidaire, ce qui doit être jugé d'après les principes expliqués n° 182. Il n'est pas juste d'appliquer aux codébiteurs non faillis les effets d'une position à laquelle ils ne sont pas réduits. Le créancier qui se présentera dans la masse du failli, pour y recevoir le dividende que peut produire sa créance, ne sera donc fondé à poursuivre les autres codébiteurs non faillis qu'à l'échéance conventionnelle.

Néanmoins, si la créance résulte d'un effet de commerce, c'est-à-dire d'une lettre de change, billet à ordre ou autre engagement transmissible par voie d'endossement, dès qu'un des obligés est failli, la créance devient exigible contre tous, à moins que les codébiteurs non faillis ne donnent caution, auquel cas ils continuent de jouir du bénéfice du terme conventionnel.

On peut croire que la nature particulière des engagements que contractent ceux qui interviennent dans la négociation de ces espèces d'effets, a donné lieu à cette dérogation au droit commun, qui ne doit pas être étendue à d'autres cas. C'est en l'étudiant qu'on en déterminera les effets. Un exemple va éclaircir cette matière. Pierre a tiré une lettre de change sur Paul au profit de Jacques; celui-ci l'a passée à Jean, celui-ci à René; ce dernier à Joseph, qui s'en trouve porteur au moment où René tombe en faillite. Le tireur, l'accepteur et les endosseurs ne seront point tenus de rembourser ou de donner caution. Aucun d'eux n'a présenté à Joseph, porteur, ce même René comme débiteur de la lettre; aucun d'eux n'a donc promis qu'il resterait solvable jusqu'à l'échéance. Mais c'est Jean qui a fait faillite: il est évident alors que René, en passant à l'ordre de Joseph une lettre endossée par Jean, lui a cédé, avec garantie, ses droits contre cet endosseur; dès que celui-ci a fait faillite, René doit rembourser ou donner caution. Supposons que ce soit Jacques qui ait fait faillite, Jean doit garantie à René, qui la doit à Joseph; celui-ci peut demander à l'un et à l'autre remboursement ou caution.

On entrevoit maintenant quel sera l'effet de la faillite de l'accepteur. Lorsque Pierre a tiré la lettre sur Paul, il a contracté l'obligation de faire acquitter par ce dernier le paiement de *telle* somme; si Paul n'avait pas voulu accepter, le porteur aurait pu, après protêt, revenir contre Pierre, suivant les règles données, n° 382. Quoique Paul soit engagé par son acceptation, sa faillite annonçant qu'il ne tiendra pas ce qu'il a promis, le porteur peut demander à Pierre remboursement ou caution. Jacques, en cédant la lettre à Jean, celui-ci à René, et ce dernier à Joseph, ont tous successivement cédé, avec la même garantie, une créance sur Paul; ils peuvent donc aussi être tous poursuivis.

Supposons maintenant que ce soit Pierre, tireur, qui fasse faillite, Paul, accepteur, ne pourra être poursuivi pour donner caution; car, en acceptant, il a contracté l'obligation directe de payer, il n'a garanti la solvabilité d'aucun des signataires. Mais tous les endosseurs y seront obligés, parce que chacun d'eux a garanti la solvabilité du tireur. Ce qui est dit du tireur d'une lettre de change s'appliquerait au souscripteur d'un billet à ordre.

Il suit de ces explications, que, dans aucun cas, la faillite d'un signataire postérieur ne donne lieu à poursuivre les signataires antérieurs, puisque, n'ayant jamais connu cet individu, jamais ils n'ont pu consentir à se rendre garants de son obligation.

1130. Lorsque la dette n'est pas solidaire, le créancier peut agir contre la masse du failli pour la part à laquelle celui-ci est tenu, soit d'après le titre, soit d'après les prin-

cipes généraux expliqués nos 183 et 1124, et n'a d'action contre les autres codébiteurs, pour leur part, qu'à l'échéance conventionnelle.

Lorsque la dette est garantie par un cautionnement simple (car si le cautionnement est solidaire on suit les règles relatives aux dettes solidaires), on distingue : si c'est le débiteur principal qui ait fait faillite, le créancier n'a rien à demander à la caution restée solvable; l'exigibilité que produit la faillite n'a ses effets que contre le débiteur : lorsqu'au contraire, c'est la caution qui fait faillite, ou l'une d'elles, s'il y en a plusieurs, le débiteur principal ne peut éviter l'action en remboursement, qu'en donnant une nouvelle caution au lieu de celle qui a failli, à moins qu'elle n'eût été spécialement choisie et demandée par le créancier.

SECTION III.

Des présomptions légales qui font annuler les actes faits ou les droits acquis dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite.

1131. Les approches de la faillite faisant entrevoir aux créanciers des pertes inévitables, et au débiteur la nécessité de se dépouiller de l'apparence de crédit et de fortune qu'il conservait, on peut craindre que des créanciers n'emploient tous leurs efforts pour se procurer des paiements anticipés ou des sûretés particulières, ou que des aliénations déguisées ne soient, pour le failli, un moyen de se réserver des ressources aux dépens de la masse de ses créanciers.

Sans doute cette masse a le droit, comme nous l'avons vu nº 190, d'attaquer les actes qu'elle prétend avoir été faits en fraude. Mais ce moyen, dont nous ferons connaître les effets dans le chapitre septième, ne serait pas toujours suffisants pour atteindre des hommes qui, maîtres de choisir le temps, le lieu, la forme des actes, ne laissent aux victimes de leur fraude que ce que la réflexion et la prévoyance n'ont pu parvenir à leur enlever. Nous avons vu déjà, nº 785, que dans une matière exposée aux fraudes, on avait admis des présomptions légales qui, dispensant de preuves celui qui les alléguait, ne permettaient pas de justification à celui qui voulait s'en défendre. Le même motif a fait prononcer la nullité des acquisitions de priviléges et hypothèques sur les biens du failli, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite; des aliénations immobilières à titre gratuit, faites par le failli dans le même espace de temps; du paiement de dettes commerciales non échues, fait aussi dans le même temps.

Nous allons en traiter dans les trois paragraphes qui diviseront cette section.

§ Ier. *De la nullité des priviléges ou hypothèques acquis dans les dix jours.*

1132. La marche des opérations commerciales exige qu'on souscrive des obligations, des reconnaissances, des engagements chirographaires. La stipulation de priviléges ou hypothèques annonce une sorte de défiance de la solvabilité du débiteur.

Il a paru convenable d'anéantir des sûretés de cette espèce, lorsque cette stipulation, dans un temps voisin de la faillite, les frappait d'une juste suspicion; sans toutefois anéantir l'engagement en lui-même.

Nous allons parler, dans trois articles, des priviléges sur les meubles, des priviléges sur les immeubles, et des hypothèques ainsi frappées de nullité.

ART. I. *Des priviléges sur les meubles acquis dans les dix jours.*

1133. Pour bien entendre et appliquer les effets de cette nullité, il faut distinguer entre les cas où la loi attache un privilége à la créance, indépendamment de la volonté du débiteur, et ceux où le créancier n'acquiert de privilége que parce que le débiteur le lui a concédé librement, en l'attribuant à une créance qui ne tenait pas ce caractère de la loi.

Ainsi, les priviléges des frais de justice, funéraires et de dernière maladie, ou des gens de service, des fournisseurs, des contributions; ceux des particuliers qui ont employé des agents de change ou courtiers, sur le cautionnement de ces fonctionnaires, et ceux des défenseurs d'un accusé, sont accordés au créancier sans que le débiteur ait besoin de s'en expliquer ou d'y consentir. Il en est de même du privilége d'un commissionnaire sur les objets à l'occasion desquels il a fait des prêts ou avances; du voi-

turier, sur des marchandises transportées; de l'ouvrier, sur les objets qu'il répare; de celui qui fait des déboursés ou des travaux pour réparer ou conserver quelque chose, etc. Ces priviléges ne s'acquièrent point dans le sens qu'on attribue naturellement à ce mot. L'homme n'a pas le droit d'en accorder les avantages à *telle* dette que bon lui semble; ils naissent avec cette dette elle-même, qui est privilégiée par cela seul qu'elle existe et qu'elle a été contractée dans les circonstances données. Sans doute le fond du droit peut être contesté; on peut, en appliquant les principes expliqués n°s 158 et suiv., examiner si la négociation était, ou non, interdite; si elle doit, ou non, être annulée ou restreinte dans ses effets : mais si elle est jugée valable en elle-même d'après la règle qui ne frappe de nullité, à l'égard de ceux qui ont traité avec le failli, que les négociations commerciales infectées d'une fraude dont ils auraient été participants, la négociation jouit du privilége que la loi lui accorde[1].

Les créanciers ne peuvent donc contester de tels priviléges, sur le fondement qu'ils ont leur principe dans des faits qui se sont passés dans les dix jours de la faillite.

Quant aux priviléges qui naissent des conventions, en ce sens que les parties auraient, par une stipulation, rendu privilégiée une créance qui eût pu exister sans jouir de cet avantage, ils sont frappés de nullité s'ils ont été acquis dans les dix jours qui précèdent la faillite. L'exemple le plus sensible qu'on puisse en donner, c'est le nantissement pour des sommes que le débiteur aurait empruntées, sans que le seul fait de l'emprunt eût rendu la créance privilégiée.

On ne peut objecter que les ventes mobilières, les cessions par voie d'endossement, même d'effets qui se trouvent ultérieurement n'échoir qu'après la faillite, etc.[2], faites dans les dix jours, n'étant point frappées de nullité, le même motif doit valider les nantissements donnés pendant cet intervalle. Sans doute le failli pouvait vendre les marchandises, endosser, au profit d'un autre, les effets qu'il n'a donnés qu'en nantissement; et ces négociations eussent été inattaquables, sauf la preuve de mauvaise foi de l'acheteur ou du preneur : mais les contrats ne doivent point être confondus, et la différence qui existe entre le nantissement et la vente, pour leur nature ou leurs effets, commandait des règles différentes pour l'un et l'autre cas.

Il y a une espèce de privilége qui ne laisse pas que d'offrir d'assez graves difficultés, celui du locateur d'une maison ou d'un magasin. On verra, n° 1199, que si le bail a une date certaine, le locateur a privilége sur tout ce qui garnit l'édifice loué pour tous les termes échus et à échoir; que s'il n'a pas de date certaine, ce privilége n'a lieu que pour l'année échue et la courante. Nous croyons devoir en conclure que le bail qui n'aurait de date certaine que dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite, doit être, pour l'application de ces principes, considéré comme s'il ne l'eût pas acquise; mais que le privilége doit, nonobstant la postériorité du bail aux dix jours, avoir lieu pour l'année échue et la courante.

ART. II. *Des priviléges acquis sur des immeubles, dans les dix jours antérieurs à la faillite.*

1134. Les principes que nous venons d'indiquer expliquent dans quel sens on doit entendre la règle qui ne permet pas d'acquérir des priviléges sur les immeubles, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite.

D'abord les priviléges généraux qui, à défaut de meubles, s'étendent subsidiairement aux immeubles, ne peuvent être frappés de nullité, puisqu'ils sont donnés par la loi et qu'il en est plusieurs qui sont de nature à ne prendre naissance qu'à l'instant de la faillite. Les priviléges d'un vendeur, sur l'immeuble qu'il a vendu à une personne qui tombe en faillite, dans les dix jours après cette acquisition, des cohéritiers, sur les biens de leur copartageant, des légataires et créanciers d'une succession qui ont demandé la séparation des patrimoines, des architectes ou entrepreneurs sur la chose qu'ils ont construite ou sur la plus value de celle qu'ils ont réparée, si la faillite s'ouvrait moins de dix jours après que ces actes ont été passés, ne peuvent également être annulés, parce qu'ils sont la condition même du titre qui a fait entrer ces immeubles dans l'actif : cette nullité frappe seulement les affectations accordées, pendant le terme de la prohibition,

[1] Boulay-Paty, n 74

[2] Rejet, 25 avril 1826.

sur les biens dont le commerçant près de faillir se trouvait propriétaire à l'instant qu'il les a consenties.

L'annulation des priviléges acquis sur les immeubles ne s'appliquerait donc qu'aux seules antichrèses; et encore, on peut dire que cette espèce de contrat, n'attribuant de droit que sur les fruits, qui sont choses mobilières, ne produit pas, à proprement parler, un privilége sur des immeubles.

ART. III. ***Des hypothèques acquises dans les dix jours de l'ouverture de la faillite.***

1135. Les hypothèques sont, ou légales, ou judiciaires, ou conventionnelles.

Les motifs qui ont fait établir les hypothèques légales sembleraient suffisants pour les affranchir de la nullité. Mais, parmi ces hypothèques, il faut distinguer celles qui dérivent d'une convention que les parties ont été libres de faire ou de ne pas faire, et celles qui ont pour cause une obligation imposée par la loi seule, indépendamment de toute convention.

Si un commerçant faisait faillite moins de dix jours après son mariage, sa femme n'aurait pas d'hypothèque sur ses biens; il en est de même de l'hypothèque du gouvernement ou des établissements publics sur les receveurs ou autres comptables. Dans l'un et l'autre cas, il y a eu convention, stipulation libre, et, par conséquent, possibilité de tromper les tiers. Mais si un commerçant perd sa femme quelques jours avant sa faillite, et reste tuteur de ses enfants, ou si dans les dix jours il est élu à une tutelle, c'est la loi qui l'oblige d'accepter, même malgré lui : dans ce cas, l'hypothèque légale des mineurs est valablement acquise.

1136. La nullité s'étend sans distinction à toutes les hypothèques judiciaires et conventionnelles; car ces deux espèces de sûretés, existant toujours par le fait de l'homme, sont celles qui peuvent le plus facilement couvrir la collusion et la fraude qu'il s'agit de prévenir et de réprimer [1].

Au surplus, il est bien important de remarquer que ce n'est pas par la condamnation ou la convention, mais par l'inscription, que de telles hypothèques obtiennent un effet utile. Peu importe la date de la créance, l'hypothèque non inscrite n'est point présumée exister à l'égard des tiers; celle qui est inscrite dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite, quoique résultant de titres plus anciens, est donc sans effet [2], quelque favorable que puisse être la créance, fût-ce celle d'un vendeur d'immeubles [3] auquel il ne resterait, dans ce cas, d'autre droit que celui de demander la résolution du contrat de vente pour défaut de paiement.

Il ne faut pas, au surplus, étendre cette règle aux inscriptions que des créanciers déjà inscrits en temps utile sont tenus de renouveler pour la conservation de leurs droits, sans pouvoir s'en dispenser sous prétexte de la survenance de la faillite du débiteur [4]. Cette inscription nouvelle se reporterait, pour ses effets, à la précédente, lors même qu'elle serait prise dans les dix jours de la faillite [5].

1137. S'il est des hypothèques qui sont accordées à celui qui se trouve *actuellement* créancier, il en est aussi qui ne sont données que pour garantir une créance à venir [6].

C'est naturellement ici le lieu d'examiner si l'hypothèque inscrite antérieurement aux dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, pour sûreté d'un prêt ou de fournitures qui n'ont été effectuées, en tout ou en partie, que pendant cet espace de temps, ne sera pas frappée de nullité, pour ce qui aura été ainsi compté ou fourni au débiteur dans un temps si voisin de la faillite. Nous allons poser un exemple.

Un manufacturier propose à un banquier de lui ouvrir un crédit, au moyen duquel il prendra chez ce dernier, au fur et à mesure de ses besoins, jusqu'à concurrence d'une somme convenue, pour laquelle il lui donne une affectation hypothécaire sur des immeubles. Le prêt se réalise à mesure que l'emprunteur juge convenable de prendre des fonds; et il peut arriver que quelques sommes soient payées par le banquier, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. Celui-ci, inscrit avant cette époque, pourra

1 Boulay-Paty, n. 73, Dalloz, t. 17, p. 282.

2 Rejet, 15 déc. 1809. Dalloz, t. 17, p. 284.

3 Rejet, 16 juill. 1818. — Cass, 24 juill. 1824. Dalloz, t. 17, p. 290.

4 Rejet, 15 déc. 1829. Boulay-Paty, n. 76.

5 Rejet, 18 fév. 1808. — Cass., 5 avril 1808. — Cass. 15 déc. 1809. — Rejet, 4 juill. 1815. Dalloz, t. 17, p. 284 et suiv.

6 Cass., 2 déc. 1812 — Rejet, 26 janv. 1814. Dalloz, t. 17, p. 254.

justement prétendre que son hypothèque est valable, et l'exercer contre la masse, tant pour ce qu'il a payé avant, que pour ce qu'il aura payé de bonne foi pendant les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite.

Il est intervenu un véritable contrat synallagmatique dans lequel chacun a contracté envers l'autre une obligation dont celle souscrite envers lui était la cause. Le manufacturier à qui le banquier s'est obligé d'ouvrir un crédit est devenu créancier d'une obligation qui consiste, de la part de ce dernier, à lui livrer des sommes d'argent en *telle* quantité qu'il voudra, pourvu qu'elles n'excèdent pas le montant du crédit convenu. A son tour, ce manufacturier a contracté envers le banquier, non pas une obligation éventuelle pour la restitution des sommes qu'il prendra chez lui, mais une obligation principale de prendre, à l'intérêt convenu entre eux, *telle* somme dans *tel* délai; en cas d'inexécution, il peut être poursuivi en dommages-intérêts. Son obligation n'est donc pas purement potestative, puisqu'il ne peut impunément s'y refuser.

Dès que le contrat est valable, l'hypothèque, qui en est l'accessoire, l'est aussi, comme toute hypothèque tendant à garantir une obligation, conditionnelle pour son existence. Quelle que soit la somme inscrite, le créancier ne pourra exiger que ce qu'il justifiera avoir compté effectivement; mais s'il a pris son inscription antérieurement aux dix jours de la faillite, la masse ne pourra la faire annuler, sous prétexte que la tradition des sommes, qui est l'événement de cette obligation conditionnelle, ne s'est réalisé que pendant ces dix jours, puisqu'ainsi qu'on l'a vu n° 184, la condition accomplie rétroagit au jour de l'obligation. Cette masse aura seulement le droit de contester la bonne foi des paiements faits dans ces dix jours.

Ce qui vient d'être dit ne fait point obstacle à l'application des règles d'après lesquelles une hypothèque ne peut être obtenue pour une créance qui n'avait pas été créée hypothécaire avant l'échéance de la dette. Ainsi, Pierre a souscrit le 10 janvier un billet payable le 10 juillet; si, avant l'échéance, le créancier se pourvoit pour obtenir une hypothèque judiciaire, cette hypothèque, d'après la loi du 3 septembre 1807, est sans effet : nous serions même porté à croire qu'il en doit être ainsi de la convention d'hypothèque qui aurait eu lieu dans les mêmes circonstances; c'était précisément ce qu'avait décidé une déclaration du 2 janv. 1717.

§ II. *Des aliénations à titre gratuit.*

1138. Des libéralités exercées dans un temps voisin de la faillite causent un véritable préjudice aux créanciers. Néanmoins, on ne frappe d'aucune nullité de droit les donations mobilières. Les créanciers n'ont que l'action révocatoire fondée sur la preuve de la fraude, suivant les règles que nous donnerons dans le chapitre septième.

Quant aux donations d'immeubles, dans quelque forme et sous quelque nom qu'elles soient faites, elles sont frappées d'une nullité présumée, par cela seul qu'elles ont été acceptées dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. Ainsi, un commerçant donne 100,000 fr. en dot à sa fille. Peu de jours après le mariage, il tombe en faillite. La donation n'est point frappée, en elle-même, de nullité. Si, au contraire, il avait doté sa fille d'une terre de 100,000 fr., quoique la donation eût été faite et acceptée de bonne foi, les tribunaux devraient l'annuler, sans égard aux considérations qui semblent militer dans ce cas spécial et favorable, conformément à ce que nous avons dit, n° 264, sur l'effet des présomptions légales.

Cette nullité n'est prononcée qu'en faveur des créanciers. Des enfants ou autres intéressés non créanciers ne peuvent en exciper; et si le failli s'acquitte intégralement, les donataires sont bien fondés à demander l'exécution de la donation. Elle ne profite point aussi aux créanciers postérieurs, et si le prix des biens excède le montant des sommes dues à ceux qui ont droit de l'invoquer, le surplus demeure aux donataires.

§ III. *Des paiements par anticipation.*

1139. Le paiement d'une dette échue, reçu de bonne foi, fût-ce la veille de l'ouverture de la faillite, est inattaquable, puisque l'autorité du juge aurait pu y contraindre le débiteur. Mais si le paiement est anticipé, on présume que le débiteur a fait cet avantage au créancier, pour le soustraire au désastre commun; cette nullité est fondée sur la considération qu'en général on n'anticipe pas ses paiements dans le commerce, sans de fortes raisons d'utilité; que celui qui

fait faillite peu de jours après avoir ainsi payé un créancier par anticipation, n'a pu avoir d'autre motif que de l'avantager aux dépens des autres; et qu'enfin ce n'est faire tort à personne que de laisser chacun dans la position où il eût été si les règles ordinaires sur les paiements avaient été observées.

Par cette expression *dette*, on n'entend pas seulement les sommes d'argent, mais encore toute délivrance d'objets quelconques. Néanmoins, il faut distinguer, comme il a été dit nos 277 et suivants, entre les corps certains et déterminés, et les choses indéterminées; la livraison anticipée des premiers ne serait pas annulée, puisqu'en ce cas le créancier aurait été fondé à les revendiquer dans la masse de la faillite, ainsi qu'on le verra dans le chapitre dixième.

1140. On répute dettes non échues, les sommes dues pour marchandises vendues à un terme fixe, *tel* que trois, six mois, dont souvent, comme nous l'avons vu n° 199, le débiteur anticipe le paiement pour obtenir une réduction de prix; et la même raison milite contre l'escompte qu'un commerçant failli aurait fait de ses propres billets. Ce paiement anticipé ne pourrait être affranchi de la nullité, sous prétexte que l'escompte est une sorte d'échange ou de vente, et que les négociations de cette espèce ne sont point annulées. Sans doute, d'après ce que nous avons dit n° 471, l'escompte, par le moyen duquel un tiers se rend acquéreur d'un titre de créance non échu, à un prix inférieur au capital de cette créance, au moyen de ce que le temps qui doit s'écouler jusqu'au paiement le privera de la jouissance ou intérêt des fonds qu'il paie comptant, est une vente de créance; mais, du débiteur au créancier, quelque nom que l'on donne à la négociation, c'est toujours un paiement anticipé.

Les paiements de dettes commerciales ne nous semblent pas devoir être seuls frappés de cette annulation; il doit en être de même des dettes civiles dont l'échéance n'est point encore arrivée; car les commerçants sont bien moins dans l'usage de les payer par anticipation et par voie d'escompte, que celles de leur commerce. Une disposition spéciale relative aux engagements commerciaux paraît avoir plus pour objet de lever des doutes que de restreindre une règle aussi importante. Nous ne dissimulons point cependant que la loi ne désignant que les dettes commerciales, la question n'est pas sans difficulté, et n'est pas encore bien fixée par la jurisprudence.

Dans tous ces cas, le créancier qui aurait reçu son paiement anticipé en effets de commerce ou en lettres de change non échus au moment où la faillite s'est ouverte, ne serait obligé qu'à rapporter ces titres mêmes, ou à garantir que le paiement n'en sera pas réclamé; et l'on ne pourrait exiger de lui la somme dont ils sont la représentation.

CHAPITRE III.

Des premières mesures pour la conservation des droits des créanciers.

1141. On a vu, dans le chapitre précédent, les effets immédiats que produisait l'existence de la faillite; il s'agit maintenant de faire connaître les mesures provisoires que doit prendre le tribunal de commerce, jusqu'au moment où l'on pourra réunir les créanciers, à l'effet de les faire concourir eux-mêmes à la conservation de leurs intérêts.

Ces mesures sont au nombre de quatre : la nomination d'un juge-commissaire; celle d'agents provisoires; l'arrestation du failli; l'apposition des scellés. Ce sera la matière des quatre sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

De la nomination d'un juge-commissaire.

1142. Quelles que soient les précautions que nous verrons, dans la suite, qu'on prend pour choisir ceux à qui doit être confiée l'administration de la faillite, elles seraient incomplètes si le tribunal n'exerçait pas, sur ces personnes, une surveillance continuelle.

Le même jugement qui prononce la déclaration de faillite nomme donc un des membres du tribunal pour en être le commissaire. Les fonctions de ce magistrat commencent à l'instant même de sa nomination, jusqu'à la liquidation définitive, ou jusqu'à ce qu'un concordat ait fait rentrer le failli dans l'administration de ses biens.

Ce juge-commissaire est nécessairement rapporteur, et a voix délibérative dans

toutes les contestations relatives à la faillite, pour lesquelles le tribunal se trouverait compétent, quand même, par la division du tribunal en plusieurs sections, il appartiendrait à une autre que celle qui doit prononcer sur la contestation.

Il surveille, sans que jamais il soit nécessaire de l'en requérir; mais il doit se renfermer dans les seules bornes de la surveillance et ne point administrer, car alors ceux qu'il doit surveiller seraient à l'abri de toute responsabilité. Son ministère étant uniquement de surveillance, il ne pourrait étendre ses droits jusqu'à faire des informations, des recherches et des interrogatoires, pour recueillir les preuves de culpabilité du failli [1]. Il n'est chargé que des intérêts civils, et n'a droit d'agir que dans les cas spécialement prévus [2].

1143. Les diverses personnes qui se succèdent dans l'administration de la faillite ne sont donc point obligées de rendre compte au juge-commissaire de chacune des opérations projetées, ni de demander son approbation, ou de s'abstenir par le seul motif qu'il ne l'aurait pas donnée, à moins qu'il ne s'agisse d'actes pour lesquels cette approbation est expressément exigée [3].

A la vérité, la convenance, et mieux encore la prudence, porteront souvent ces personnes à lui faire connaître ce qu'elles projettent, à s'abstenir de ce qu'il n'approuverait pas; mais ce qu'elles feront n'en sera pas moins sous leur responsabilité. Le seul avantage de cette précaution, c'est qu'en cas d'inculpation par quelques créanciers, le juge-commissaire, sur le rapport duquel toutes réclamations doivent être jugées, serait un témoin impartial de la pureté de leur conduite. Lorsqu'il faudra faire une dépense extraordinaire, par exemple, pour le travail qu'exigera la rédaction d'états de situation, de comptes courants, pour des consultations, mémoires, défenses sur des procès, ou enfin, pour la continuation de fabrications commencées, ou pour l'exploitation d'une manufacture, d'un commerce, que l'intérêt de la masse exige qu'on alimente ou que l'on continue, l'approbation donnée par le juge-commissaire sera donc d'un très-grand poids.

On voit par là que si le juge-commissaire n'administre pas, il entre cependant dans ses fonctions et dans ses droits de s'opposer, soit par des ordres directs, soit en provoquant les décisions du tribunal, à ce qu'il voit faire de contraire aux lois ou à l'intérêt de la masse.

Une faillite étant moins un procès qu'une administration, les décisions du juge-commissaire ne peuvent être assimilées à des ordonnances de référé, qui ne sont susceptibles que d'appel. La marche naturelle est de recourir au tribunal, qui a incontestablement le droit de réformer les actes de son délégué [4]; et le jugement rendu à ce sujet peut ensuite être attaqué par voie d'appel, puisque, par sa nature, il statue toujours sur un intérêt indéfini.

SECTION II.

De la nomination d'agents provisoires.

1144. Le jugement qui prononce la déclaration de faillite nomme aussi un ou plusieurs agents. Le tribunal peut les choisir parmi les créanciers présumés, ou parmi toutes autres personnes, même non créancières qui offriraient le plus de garanties pour la fidélité de leur gestion. Mais, comme il serait à craindre que l'attribution de ces fonctions, accordée trop souvent aux mêmes individus, n'en fît en quelque sorte une profession, nul ne peut être nommé agent deux fois dans le cours de la même année, à moins qu'il ne soit créancier dans les faillites dont l'administration lui serait ainsi confiée.

Les fonctions des agents d'une faillite commencent, comme celles du juge commissaire, à l'instant de la prononciation du jugement qui les nomme; de manière que, s'il est attaqué par voie d'opposition, c'est contradictoirement avec eux que cette opposition doit être jugée, et sur le rapport du juge-commissaire, comme on l'a vu n° 1111. Mais, avant de commencer leur gestion, ils doivent prêter, entre les mains de ce magistrat, serment de remplir fidèlement leurs fonctions.

[1] Cass., 13 nov. 1823. Dalloz, t. 15, p. 117.
[2] Rejet, 1er fév. 1830. J. du 19e s., 1830, 1e, p. 42.
[3] Rejet, 29 janv. 1830.
[4] Br., 25 mai 1815. J. de Br., 1815. 1e, p. 327. Dalloz, t. 15, p. 155.

SECTION III.

De l'arrestation du failli.

1145. Si la faillite n'est pas toujours en elle-même un délit, parce qu'il y aurait de l'injustice à confondre le malheur avec le crime, il suffit que des créanciers aient à craindre de n'être pas payés, pour qu'on doive examiner si cet événement n'est pas le résultat de quelque fraude ou du moins d'imprudences qui méritent d'être punies. Il est donc juste de s'assurer de la personne du failli. Le jugement qui déclare sa faillite doit ordonner qu'il sera déposé dans la maison d'arrêt pour dettes, ou qu'il sera confié à la garde, soit d'un officier de police ou de justice, soit d'un gendarme, et à Paris, d'un garde du commerce, conformément à l'art. 7 de l'acte du gouvernement du 14 mars 1808.

Le failli pouvant être déjà détenu, à la requête de quelque créancier, le tribunal doit alors ordonner qu'il soit écroué de nouveau, en vertu de son jugement. En effet, comme on le verra dans la septième partie, l'emprisonnement peut, s'il n'existe point de recommandation contre le débiteur, cesser par le consentement du créancier arrêtant : une connivence avec ce dernier pourrait par conséquent délivrer un homme qui, s'il eût été libre au moment de l'ouverture de sa faillite, aurait été arrêté par ordre du tribunal.

Cette arrestation étant dans le seul intérêt de la vindicte publique, il ne peut être reçu de recommandations contre le failli, par suite de jugements rendus en matière de commerce.

S'il s'agissait de quelques condamnations civiles, correctionnelles ou criminelles, emportant contrainte par corps, ou de droits du trésor public contre un comptable, cette modification n'y serait point appliquée.

Nous ferons connaître, dans le chapitre suivant, quelles sont les suites de cette arrestation du failli. Il suffit d'annoncer ici qu'elle est exécutée sous la surveillance du juge-commissaire, et à la requête des agents, sans toutefois méconnaître le droit que le procureur du roi aurait de faire exécuter l'arrestation si les agents y mettaient quelque négligence.

SECTION IV.

De l'apposition des scellés.

1146. L'apposition des scellés chez le failli, étant un acte conservatoire, ne peut être trop accélérée; en conséquence, si elle n'a pas été faite avant le jugement qui déclare l'ouverture de la faillite, dans le cas prévu n° 1103, elle doit être ordonnée par ce même jugement, et exécutée à la requête des agents; mais comme il serait possible qu'un trop long délai s'écoulât depuis le jour où le jugement de déclaration a été rendu, jusqu'à celui où les agents entrent en fonctions, surtout si, sur leur refus, il fallait en nommer d'autres, l'apposition des scellés doit être faite par le juge de paix, sans y être provoqué par aucun agent. C'est pourquoi le tribunal doit envoyer son jugement, tant au juge de paix du lieu où demeure le failli qu'à tous ceux des lieux où il peut être nécessaire d'apposer les scellés, soit parce que le failli y possède quelque établissement commercial, soit parce qu'il y aurait des marchandises déposées dans quelques magasins. Le juge de paix pourrait même, avant d'avoir reçu le jugement, apposer le scellé d'office.

Lorsque la faillite est celle d'une société collective, les scellés doivent être apposés au domicile de tous les associés. Cela ne contrarie pas ce que nous avons dit, n° 976, que la faillite d'une société ne rend pas tous les associés faillis. Celui chez qui on viendra faire cette apposition pourra éviter ce désagrément en offrant, avec caution, si le tribunal le juge nécessaire, de payer quiconque justifiera être créancier; car il est solidaire, et la faillite de la société rend les dettes exigibles. Quoiqu'un cas semblable doive être assez rare, il n'est pas impossible. Supposons en effet qu'un établissement industriel existe à Marseille, et soit formé d'associés dont l'un ou plusieurs demeurent à Paris; les gérants de l'établissement peuvent cesser inopinément leurs paiements; le tribunal de Marseille déclarera la société en faillite, avant même que l'associé de Paris ait été averti de l'état fâcheux de la société. Mais lorsque, pour l'exécution du jugement de déclaration, le juge de paix viendra apposer les scellés au domicile de cet associé, rien n'empêche, s'il en a les moyens, qu'il ne se soumette à payer

toutes les dettes à bureau ouvert. Il s'ensuivrait même que le paiement opéré par cet associé ferait cesser l'état de faillite de l'établissement social dans lequel il était intéressé. Il n'y aurait plus lieu qu'à une liquidation entre lui et ses associés, suivant les règles que nous avons exposées, nos 1073 et suiv.

On voit par là, conformément à ce que nous avons déjà dit, que l'apposition de scellés ne pourrait avoir lieu chez un commanditaire, lors même qu'il serait attaqué pour avoir fait des actes de gestion. Il faut avant tout, suivant les principes expliqués n° 1037, faire juger qu'il a dérogé à sa qualité. Seulement, si le tribunal, après avoir jugé cette question, voyait que, par le genre d'opérations dans lesquelles ce commanditaire s'est immiscé, quelques parties de l'actif, des papiers ou autres documents de la faillite, peuvent se trouver chez lui, il n'est pas douteux que l'apposition des scellés ne fût justement ordonnée.

S'il s'agit d'une société anonyme, les scellés ne peuvent être apposés que sur les établissements et magasins qui en dépendent; sur son actif, et au domicile des administrateurs, non que ceux-ci soient indéfiniment responsables, mais parce qu'ils devront rendre compte de leur gestion, et que la faillite survenue semble accuser leur exactitude et leur prudence.

1147. Les scellés doivent être apposés sur les boutiques, magasins, comptoirs, caisses, portefeuilles, livres, papiers, meubles et effets du failli. Mais il semble convenable d'exempter de cette apposition de scellés les meubles ou objets que la loi déclare insaisissables, ou qu'elle ordonne de réserver pour l'usage du failli et de sa famille.

Nous n'entrerons point dans les détails relatifs aux formes; il suffit de dire que si l'apposition a lieu à la requête des agents, ils sont naturellement les gardiens de ce qui ne peut être mis sous le scellé; c'est à eux de désigner la personne à qui la responsabilité doit en être confiée.

Presque toujours il importe aux créanciers que les affaires du commerce soient continuées; d'ailleurs, il peut se trouver, dans les papiers du failli, des effets dont l'acceptation ou le recouvrement ne peut souffrir de retards; dans ce cas, le juge de paix doit distraire des scellés ce qui ne pourrait y être compris sans inconvénients. On fait la description des objets dont se chargent les agents ou celui qu'ils préposent pour continuer le commerce du failli; et un bordereau des effets de commerce confiés aux agents, est remis au juge-commissaire.

Le procès-verbal du juge de paix doit encore, avant de remettre les livres du failli aux agents, en constater sommairement l'état, c'est-à-dire leur tenue extérieure et matérielle, et non les résultats des opérations qu'ils contiennent.

Si, en apposant les scellés, principalement lorsqu'il agit d'office, le juge de paix découvrait que le failli a des meubles dans quelque local hors de son arrondissement, il est convenable qu'il en donne avis au juge de paix de la situation de ces objets.

CHAPITRE IV.

Des fonctions et de l'administration des agents provisoires.

1148. Les agents doivent exercer leurs fonctions par eux-mêmes; et s'il ne leur est pas interdit de se faire aider par des préposés dont ils seraient responsables, ils ne peuvent cependant les déleguer en totalité. Leur premier soin est de faire exécuter le dessaisissement, et, par conséquent, de poursuivre le failli, pour qu'il soit tenu de cesser la jouissance ou l'administration qui lui est enlevée dans l'intérêt de ses créanciers. Ils doivent ensuite rechercher et constater, d'une manière exacte, la véritable position du débiteur, en dressant ce qu'on appelle son *bilan*, et s'occuper des actes conservatoires, ainsi que de tout ce qui ne pourrait, sans préjudice, souffrir de retards. Comme ce travail peut obtenir une plus grande exactitude par le concours du failli, on doit examiner, avant tout, s'il est possible de lui rendre, au moins provisoirement, sa liberté.

Nous allons traiter de ces objets dans les quatre sections suivantes.

SECTION PREMIÈRE.

De la mise en liberté provisoire du failli.

1149. La détention du failli, dont nous avons parlé n° 1145, étant dans le seul intérêt public, il s'ensuit naturellement qu'elle doit cesser lorsqu'il n'y a, ni justice, ni utilité à la continuer. Ainsi, après l'apposition des scellés, le juge-commissaire doit rendre compte au tribunal de l'état apparent des affaires du failli; et s'il ne trouve rien de répréhensible, s'il croit utile pour la masse des créanciers qu'il jouisse de la liberté, il peut, à la suite de son rapport, proposer de l'élargir purement et simplement, ou en donnant caution jusqu'à concurrence d'une somme arbitrée, laquelle, faute par le failli de se représenter, est adjugée aux créanciers. Si le juge-commissaire ne provoque pas cet élargissement, le failli peut le solliciter du tribunal, qui statue sur sa demande après avoir entendu le juge-commissaire et les agents. Dans l'un et l'autre cas, un sauf-conduit lui est accordé par le tribunal de commerce, sans qu'on ait besoin de recourir au tribunal civil.

Si le failli était déjà détenu pour dettes commerciales, avant la déclaration de faillite, cette circonstance ne ferait point obstacle à ce qu'on lui rendît la liberté provisoire, parce que les motifs sont les mêmes. Dès l'instant de la faillite, et par l'effet de son existence, toutes poursuites individuelles contre la personne du failli cessent. Sa détention ne peut plus rien opérer dans l'intérêt de *tel* ou *tel* créancier; elle concerne toute la masse : c'est donc dans ses rapports avec cette masse qu'elle doit être considérée, et le tribunal seul peut en apprécier les intérêts et les besoins.

Ce n'est point enlever des droits *acquis* au créancier qui avait déjà exercé ou obtenu la contrainte par corps. Cette voie n'est qu'un moyen de coaction pour obtenir un paiement auquel on suppose que le débiteur se refuse. Mais dès que le failli est dessaisi de la libre disposition de ses biens, que tout son actif est entre les mains de ses créanciers, et que les paiements qu'il ferait seraient frappés de nullité, comme on l'a vu n°s 1118 et suiv., la contrainte par corps est devenue inutile à celui qui l'a exercée; c'est la loi qui s'oppose à ce que, même à l'aide de cette voie, il soit payé plus complètement et plus vite que ceux qui n'en ont pas usé. Le jugement qui accorde au failli la liberté avec sauf-conduit, ne lui ôte donc rien, puisque le sort de sa créance est désormais fixé; la mise en liberté du débiteur ne pouvant pas plus diminuer ses droits au dividende, que la détention ne peut en augmenter la quotité. D'ailleurs, s'il prétend le failli coupable de faute ou de dol, il a droit de s'opposer à une mise en liberté qu'on ne doit accorder qu'au débiteur malheureux, contre qui il ne s'élève point de soupçons légitimes. A son tour, le tribunal conserve la faculté de révoquer cette faveur, soit d'office, soit sur la provocation du juge-commissaire, soit sur celle de quelque créancier, s'il était reconnu que le débiteur abuse de sa liberté, ou si de nouvelles découvertes apprenaient qu'il a agi frauduleusement.

SECTION II.

Du Bilan.

1150. On appelle *bilan*, l'état de situation active et passive des affaires, avec tous les renseignements capables d'éclairer sur les causes et sur les circonstances de la faillite; c'est de la sincérité de cet acte que dépend souvent le sort du failli.

Le bilan peut être considéré, dans sa forme, dans les personnes chargées de le rédiger.

§ Ier. *De la forme et du contenu du bilan.*

1151. Le bilan doit contenir : l'énumération et l'évaluation de tous les effets mobiliers, immeubles et droits du débiteur; l'état de ses dettes actives et passives; le tableau de ses dépenses, celui des profits et pertes. Les deux premiers tableaux ont pour objet de connaître la situation du failli : les autres d'éclairer sur sa conduite. Si quelque propriété est douteuse et sujette à éviction, si quelque créance est caduque ou de recouvrement difficile, le bilan doit en faire mention; l'argent en caisse doit aussi y être porté; et si, comme il arrive, sans que la plus scrupuleuse probité puisse en faire un crime, le failli avait tiré de sa caisse, à

l'instant de l'ouverture de la faillite, quelques sommes pour faire subsister sa famille, jusqu'au moment où le tribunal aura pris une mesure à cet égard, il doit en être fait mention.

Le tableau du passif doit nécessairement énoncer le nom de chaque créancier, et la somme qui lui est due; indépendamment de ces deux énonciations essentielles, il est convenable d'indiquer la cause de chaque dette; nous verrons, en parlant de la vérification des créances, combien cette énonciation peut être utile. Le tableau des pertes, profits et dépenses du failli peut donner des notions importantes sur les causes et les circonstances de la faillite, et c'est par ce motif qu'il doit remonter jusqu'à l'époque à laquelle a commencé le commerce ou l'entreprise [1]. Nous avons vu, il est vrai, n° 85, qu'un commerçant n'était tenu de garder ses livres que dix ans. Mais rarement on les détruit après ce laps de temps, puisqu'un grand nombre d'actions commerciales ne se prescrivent que par trente ans; et d'ailleurs, dès qu'on n'a point cessé son commerce, on serait suspect de ne pas rendre un compte exact de tous les inventaires annuels faits depuis qu'on l'a entrepris.

Quelle que soit l'exactitude qui doive présider à ce travail, la précipitation, l'oubli, peuvent occasioner des erreurs ou des omissions; la quotité de l'actif et du passif dépend souvent de vérifications et de comptes courants non arrêtés au moment de la faillite, qui feront varier le résultat du bilan; ainsi il peut y avoir lieu à le rectifier par des additions ou autrement, sans qu'on doive en induire toujours que le failli qui l'a rédigé n'était pas de bonne foi.

C'est en parlant de la vérification des créances, dans le chapitre sixième, que nous examinerons quelle est la force des déclarations portées dans un bilan au profit des personnes qui y sont indiquées comme créancières.

§ II. *Par qui le bilan doit être rédigé.*

1152. Naturellement, le bilan doit être rédigé par le failli, qui connaît mieux qu'un autre l'état de ses affaires. C'est une sorte d'obligation morale pour lui, s'il est de bonne foi, d'éclairer ses créanciers sur ce qu'ils doivent craindre ou sur ce qu'ils peuvent espérer. Il est d'ailleurs intéressé à ce qu'on ne grossisse pas son passif, à ce que son actif ne soit pas présenté comme au-dessous de sa valeur réelle, et surtout, à ce qu'on ne fasse pas de ses pertes ou de ses dépenses un tableau désavantageux.

Lorsque le failli a rédigé son bilan avant la nomination des agents, il doit le leur remettre dans les vingt-quatre heures de leur entrée en fonctions, après l'avoir certifié véritable, daté et signé. S'il arrivait, ce qui est rare, qu'un commerçant ne sût pas signer, il pourrait faire rédiger son bilan par un notaire, ou le faire dresser par un tiers, et le déposer, soit lui-même, soit par un fondé de pouvoirs, au greffe du tribunal.

1153. Des causes que la bonne foi ne désavoue pas, peuvent avoir empêché le failli de rédiger son bilan avant l'entrée en fonctions des agents; il doit alors le dresser de concert avec eux. Comme les registres, papiers, etc., se trouvent, par l'effet du dessaisissement, entre leurs mains, ils sont obligés de lui en donner communication suffisante. Mais, dans ce dernier cas, le failli ne pouvant se présenter aux agents, sans risques pour sa liberté, qu'autant qu'il aurait obtenu un sauf-conduit, il a droit, lorsqu'il n'a pu y parvenir, de charger un fondé de pouvoirs de faire cette rédaction de concert avec eux.

La faillite pourrait n'avoir été déclarée, comme nous l'avons dit, n° 1108, qu'après la mort du débiteur; et même sa mort pourrait être arrivée dans l'intervalle entre la déclaration et le moment où l'on s'occupe de la rédaction du bilan. La veuve et les enfants ont la faculté de faire ce travail.

Le tort qu'aurait eu le failli de ne pas rédiger son bilan; son refus de se présenter ou de donner des pouvoirs à quelqu'un; un refus semblable, ou l'impossibilité dans laquelle se trouvent ses héritiers de faire ce travail, n'empêchent pas qu'il n'ait lieu: les agents provisoires doivent s'en occuper.

Le bilan est rédigé d'après les livres du failli: ainsi le livre des inventaires indiquera la situation à chacune des époques où il en a été dressé, et la gradation par laquelle le failli est arrivé à l'insolvabilité; le journal, surtout en le conférant avec le livre copie de lettres, et avec la liasse des lettres reçues, donnera la suite et la clef de toutes les opérations, conduira aux causes des pertes,

[1] Mais voy. Boulay-Paty, n. 160.

et servira de contrôle au livre des inventaires. Les livres dont la tenue n'est n'est pas exigée serviront d'explication ou d'éclaircissement aux autres, comme nous l'avons vu n° 87. Les papiers domestiques et de famille peuvent aussi donner des renseignements utiles et souvent indispensables, sur les partages que le failli a pu faire avec ses cohéritiers, sur les droits particuliers de sa femme, de ses enfants, de ses pupilles, s'il est tuteur. Ils apprendront si les dépenses ont été portées fidèlement sur les livres et si elles ne sont pas excessives ou inutiles.

1154. Les agents ont encore droit de prendre tous les renseignements qu'ils croient utiles, auprès de la femme du failli, de ses enfants, de ses commis et autres employés. Comme il serait à craindre que ces personnes ne refusassent de donner des renseignements, ou en fournissent d'inexacts, pour servir les intérêts du failli et déguiser ce qui peut être à sa charge, le juge-commissaire peut les interroger, soit d'office, soit sur la demande des agents, même des créanciers, fût-ce d'un seul. Elles ne peuvent refuser de comparaître ou de répondre, sans encourir les peines prononcées contre les témoins défaillants et même sans s'exposer à des soupçons de complicité de banqueroute frauduleuse.

Ce droit rigoureux ne s'étend pas, toutefois, jusqu'à la femme et aux enfants du failli. On doit se contenter de leurs réponses, qu'elles qu'elles soient, et respecter leur silence. Le juste désir de ne négliger aucun des moyens propres à découvrir la fraude, ne saurait l'emporter sur les égards que méritent la position de ces personnes, et les liens qui les unissent au failli.

SECTION III.

Des Actes conservatoires, Recouvrements et Ventes de marchandises périssables.

1155. Le premier soin des agents doit être de procéder, contradictoirement avec le failli, à la clôture et à l'arrêté des livres qui ont dû leur être remis lors de l'apposition de scellés, comme on l'a vu, n° 1147, puisqu'il peut en résulter des renseignements précieux sur l'état des affaires, la bonne foi et la conduite du failli. Son refus d'assister à cette opération fournirait contre lui un sujet de soupçons graves.

Cependant une distinction est nécessaire. Celui qui, jouissant de la faveur d'un sauf-conduit, ne répond ni à l'invitation ni à la sommation que lui font les agents, pour comparaître en personne, annonce qu'il craint l'examen de sa conduite, et mérite qu'on le considère comme s'étant absenté à dessein, à moins qu'il ne justifie d'empêchement dont la validité est jugée par le commissaire; encore, dans ce cas, rien ne le dispenserait de se faire représenter par un fondé de pouvoirs. Mais celui à qui le tribunal n'a pas accordé de sauf-conduit, ne doit pas être placé entre le désir naturel de conserver sa liberté, et la crainte d'être soupçonné de mauvaise foi. On n'exige donc point qu'il comparaisse en personne; il doit seulement, sous peine d'être réputé absent à dessein, charger un fondé de pouvoirs de le représenter.

1156. Les lettres, de quelque part et pour quelque cause qu'elles soient adressées au failli, sont remises aux agents. L'instruction générale du 28 avril 1808, sur le service des postes, art. 73, prescrit aux directeurs et facteurs qui ont connaissance de la faillite d'un commerçant, de concourir à l'exécution de cette mesure, en ne faisant aucune difficulté de remettre ces lettres aux agents, quoiqu'elles ne leur soient point nominativement adressées. Le respect dû au secret des lettres est concilié par la précaution de n'autoriser les agents à les ouvrir qu'en présence du failli, s'il ne s'est pas absenté. Mais son absence élevant une présomption défavorable contre lui, l'intérêt des créanciers l'emporte sur toute autre considération.

1157. Les agents doivent faire, aussitôt qu'il leur est possible, tous les actes nécessaires pour la conservation des droits de la masse des créanciers; en conséquence, prendre inscription sur les immeubles du failli, par simple bordereau énonçant qu'il y a faillite, et relatant la date du jugement qui les a nommés. Cette inscription n'a pour objet que de rendre plus notoire l'état de faillite, et d'empêcher que les immeubles soient vendus à l'insu et au préjudice de la masse. Mais elle ne conserve à chaque créancier que les droits qui lui seront reconnus; et si un hypothécaire n'était pas valablement inscrit avant le terme dont nous avons parlé n° 1136, cette inscription ne lui servirait point à ob-

tenir la préférence sur les chirographaires. Les agents doivent requérir, dans la même forme, sur les biens des débiteurs du failli, des inscriptions hypothécaires qu'il n'aurait pas prises en vertu des titres qui lui accorderaient hypothèque.

Il peut arriver que des créances dues au failli échoient pendant leur gestion. Si elles résultent d'effets de commerce qui leur auraient été remis comme on l'a vu n° 1147, ils peuvent apposer valablement des *acquits* énonçant leur qualité; car ces effets étant portés dans un bordereau remis au juge-commissaire, devront être représentés par eux en nature ou en argent. Quant aux sommes dues, en vertu de titres autres que des effets de commerce, les agents doivent, si les créances sont échues, exiger le paiement et faire toutes les poursuites nécessaires; mais leurs quittances doivent être visées par le juge-commissaire. Dans l'un et l'autre cas, ils doivent faire toutes les diligences convenables, tant contre le débiteur que contre les garants.

Les agents doivent enfin, s'il y a lieu, faire, soit des oppositions aux paiements des lettres de change appartenant au failli, dans les cas prévus n° 415, soit des saisies-arrêts sur ses débiteurs, et tous autres actes conservatoires dans l'intérêt de la faillite, notamment interrompre les prescriptions par des demandes en justice.

Les cas dans lesquels les agents sont tenus de se constituer demandeurs contre des tiers, étant rares, parce que, d'un côté, la nature provisoire de leur gestion ne comporte que des actes conservatoires et des poursuites urgentes, et que, de l'autre, la durée de leurs fonctions est courte, nous nous bornons à dire que, dans ces circonstances, on doit suivre les règles qui seront développées en traitant de l'administration des syndics provisoires.

1158. Quoique, en général, la vente des marchandises ne présente pas le même degré d'urgence, il peut s'en trouver qui soient plus ou moins exposés à un prochain dépérissement. L'autorisation du juge-commissaire, à qui les agents exposent leurs motifs, suffit. Mais si le besoin de satisfaire à des dépenses urgentes, à défaut de fonds disponibles, rendait utile la vente de marchandises non dépérissables, l'autorisation du tribunal doit être demandée, et accordée, s'il y a lieu, sur le rapport du juge-commissaire.

Dans la règle, les agents ne doivent faire ces ventes que par l'entremise de commissaires-priseurs, ou s'il n'en existe pas dans le lieu, par celle d'un notaire ou d'un huissier; néanmoins avec une autorisation du tribunal de commerce, donnée sur requête, ils peuvent employer le ministère de courtiers, pour la vente de certaines espèces de marchandises, suivant les règles que nous avons données n° 131. Dans ce cas, comme dans tous autres du même genre, le choix des officiers ministériels leur appartient, à l'exclusion du juge-commissaire, parce que ce choix serait, de sa part, un acte d'administration incompatible avec ses fonctions, comme on l'a vu n° 1142. Il est convenable que toutes ces ventes soient faites au comptant; en tous cas, les crédits que les agents accorderaient, sans y avoir été autorisés formellement, ou par l'usage, seraient à leurs risques.

1159. Si les agents voient dans la continuation du commerce du failli un moyen pour lui de rétablir ses affaires ou d'augmenter le gage de ses créanciers, ils peuvent en demander l'autorisation, et le tribunal peut la leur accorder; et dans ce cas, on sent qu'ils ne sont assujettis à aucune des règles relatives aux ventes à l'enchère pour effectuer le débit qu'ils font ou font faire chaque jour des marchandises dont se compose le fonds de commerce continué.

Il n'y a pas de doute qu'ils n'aient le droit d'employer des commis ou préposés dans la gestion dont ils sont chargés; et comme le débiteur qui se trouve dessaisi n'est plus lui-même qu'un tiers, par rapport à l'administration de ses biens, les agents peuvent l'employer sous leur responsabilité, révoquer ou restreindre le mandat qu'ils lui auraient donné et lui allouer un salaire.

1160. Les sommes provenant des recouvrements et ventes dont nous venons de parler, doivent être versées dans une caisse à double serrure, dont l'une des clefs reste entre les mains du plus âgé des agents, et l'autre est confiée à un créancier que désigne le juge-commissaire. Toutes les semaines, le bordereau de situation est remis à ce magistrat, qui a le droit d'ordonner, selon les circonstances, et pourvu qu'il en soit requis par les agents, le versement de tout ou partie de ces fonds à la caisse des consignations, qui tient compte des intérêts à la masse, à raison de trois pour cent par an, confor-

mément à l'ordonnance du 3 juillet 1816. Ces fonds sont retirés lorsqu'il y a lieu, en vertu d'une simple ordonnance du juge-commissaire.

1161. Il peut arriver qu'au moment où s'ouvre la faillite, quelques personnes soient en instance avec le failli.

Tant que le jugement n'est pas affiché et inséré dans les journaux, la procédure est valablement suivie contre ce dernier; et les condamnations, même par défaut, contre lui, sont obligatoires pour la masse des créanciers qui peut seulement les attaquer par les voies de droit [1]. Mais à compter de l'entrée en fonctions des agents, les instances pendantes doivent être suivies, et les demandes nouvelles être formées contre eux; les condamnations prononcées contre le failli seul ne donneraient aucun droit contre la masse, quand même celui qui les aurait obtenues prétendrait qu'il a ignoré la faillite, ou se fonderait sur ce que les agents ne lui ont point notifié cet événement.

Comme les agents ne tiennent pas leurs pouvoirs de la confiance des créanciers, et n'ont que des fonctions d'une courte durée, ils ne doivent faire, dans ces cas, que les actes commandés par la plus impérieuse nécessité. Ils doivent donc se borner à des exceptions et à une défense qui, le plus souvent, consisterait à demander que toute décision soit suspendue jusqu'au moment de la vérification des créances, dont les syndics provisoires, par lesquels ils doivent être remplacés dans un bref délai, sont les seuls contradicteurs légitimes. C'est notamment la conduite qu'ils doivent tenir lorsqu'on forme, contre la faillite, quelque demande en revendication [2], ainsi qu'on le verra n° **1270**. Mais en tout ce qui est urgent, leur devoir est de ne rien négliger. De ce nombre seraient les cautions à fournir, en cas d'assurance, suivant ce qui a été dit n°s **184**, **828**, **864** et **1128**; ou, dans le cas où le contrat fait par le failli serait résilié, les mesures à prendre pour faire assurer par d'autres, les choses en risques.

1162. Cependant, l'intérêt du demandeur et souvent même la nature de la contestation ne permettent pas de remise; les agents doivent alors défendre par tous les moyens qui sont en leur pouvoir. Il est naturel que la failli soit appelé, ou du moins qu'il ait droit de paraître; et lors même que les agents feraient défaut, il peut plaider dans son intérêt [3]. Il n'est, ni interdit, ni placé sous la puissance des agents, comme un mineur l'est sous celle de son tuteur, car le dessaisissement n'est point une expropriation, comme nous l'avons dit n°s **1115** et **1117**. Il peut conserver l'espérance de faire un arrangement; quand même il n'y réussirait pas, la diminution que son actif éprouverait, par l'effet de condamnations que les représentants de la masse n'auraient pas empêchées, faute de renseignements ou de zèle, retomberaient toujours sur lui en définitive [4]. Il est même des contestations dans lesquelles la nature de la demande ne permettrait pas qu'on prononçât sans appeler le failli. Par exemple, une demande de sa femme en séparation de biens ne pourrait, sans de graves inconvénients, être suivie contre les seuls agents. La séparation de biens intéresse l'autorité maritale, et le concours du mari est nécessaire sous ce rapport, comme celui des agents l'est pour conserver les droits des créanciers. Ce qui vient d'être dit du failli serait applicable à ses héritiers, s'il était décédé depuis l'ouverture de la faillite, ou si elle avait été déclarée depuis son décès, comme on l'a vu n° **1108**. Toutefois si le failli n'avait pas usé du droit d'intervenir pour défendre ses droits, dans des contestations dirigées et suivies contre les administrateurs, il n'aurait pas la ressource d'attaquer par tierce-opposition les jugements rendus contre eux, sous prétexte qu'il n'y aurait pas été partie [5].

1163. La compétence, soit du tribunal qui a prononcé l'ouverture de la faillite, soit de tout autre tribunal de commerce ou civil, se réglerait, dans tous ces cas, suivant ce que nous dirons dans la septième partie. Il suffit de rappeler que, dans tous les cas où la nature de l'affaire permet de la porter devant le tribunal qui a déclaré la faillite, la cause doit être jugée sur le rapport du juge-commissaire.

Les actions dont nous venons de parler sont uniquement relatives à la fortune du failli; quant à celles qui auraient lieu pour

1 Cass., 2 juill. 1821, *paraît contraire*. Dalloz, t. 15, p. 73.

2 Rejet, 10 janv. 1821. Dalloz, t. 15, p. 301.

3 Réglement de juges, 13 janv. 1824. — Rejet, 19 avril 1826. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 198.

4 Voy. Boulay-Paty, n. 147.

5 Rejet, 9 déc. 1823.

délits ou crimes, elles devraient être intentées ou suivies comme si la position du prévenu n'avait pas changé.

On ne doit point aussi étendre ce que nous venons de dire, aux significations ou autres actes extrajudiciaires, tels que des protêts, dénonciations et autres diligences : ces actes notifiés au failli, ou à son domicile, quoique sans signification aux agents, ne pourraient être contestés.

1164. Des créanciers pourraient aussi avoir à diriger des poursuites, en vertu de titres exécutoires contre le failli. On distingue alors l'objet de ces poursuites. Si elles sont contre sa personne, c'est-à-dire si ce sont des contraintes par corps, ce que nous avons dit n° 1149 suffit. S'il s'agit de poursuites sur les biens mobiliers, tels que saisies-arrêts, saisies-exécution, saisies de rentes, elles doivent, en général, être suspendues, parce que, d'un côté, le créancier ne peut rien obtenir du débiteur qui est dessaisi, et que, de l'autre, il ne peut rien prétendre contre la masse avant la vérification de sa créance, sans préjudice de la faculté de faire les actes conservatoires nécessaires pour prévenir des déchéances [1].

Cette règle n'est modifiée que par les droits de préférence ou de privilége appartenant à quelque créancier. Ainsi, ceux qui sont nantis d'un gage, peuvent en provoquer la vente, lorsque le terme de paiement est arrivé; sauf aux agents à contester pour faire arrêter ou suspendre l'exécution des poursuites, ce qui est laissé à l'appréciation des tribunaux. Il en est de même lorsque les percepteurs ou receveurs chargés de la perception des contributions veulent exercer leurs droits contre la faillite, comme nous le dirons n[os] 1208 et suivants, en parlant des priviléges du trésor public.

A l'égard des saisies immobilières, le créancier porteur d'un titre exécutoire qui, d'après les principes du droit commun, lui donnerait le droit de poursuivre une expropriation d'immeubles, peut, à l'échéance du terme conventionnel, les intenter, ou, si elles étaient commencées avant l'ouverture de la faillite, continuer les poursuites, sans que les agents aient droit de s'y opposer; mais alors toutes les significations qu'exige cette procédure doivent leur être faites [2].

1165. Les personnes qui se prétendent créancières, ne peuvent s'attribuer le droit de surveiller la conduite des agents, ni exiger que les registres, papiers ou autres documents sur l'état des affaires du failli, soient déposés en d'autres mains; sauf à fournir les renseignements ou à faire les plaintes qu'elles jugent à propos au juge-commissaire, qui doit en faire son rapport. Le tribunal prend des mesures pour réparer et arrêter les fautes ainsi dénoncées, et reste, d'ailleurs, en tout état de cause, libre de révoquer les agents, sans préjudice du droit des tribunaux compétents, de les condamner personnellement aux dépens des instances dans lesquelles ils auraient compromis les intérêts de la masse [3]. Le débiteur peut également réclamer; il est intéressé à ce qu'on ménage les ressources qui doivent opérer sa libération, et le tribunal doit scrupuleusement peser ses motifs. La faillite et le dessaisissement ne le frappent pas en effet, d'incapacité pour défendre ses droits, ou pour se plaindre du tort que les administrateurs de son actif lui occasionneraient par leurs fautes ou prévarications. A plus forte raison serait-il recevable à poursuivre en dommages-intérêts des agents qui, par négligence ou par malice, dans les rapports qu'ils doivent faire conformément à ce qui sera dit n° 1229, l'auraient exposé à une poursuite en banqueroute jugée sans fondement [4].

Il est évident que, dans ces différents cas, les agents destitués, ou même, sans qu'on les ait destitués, ceux dont quelque opération aurait été annulée, pourraient appeler du jugement, qui s'exécuterait néanmoins par provision.

---

1 Lorsque celui à charge de qui une saisie a été pratiquée est déclaré en faillite postérieurement à cette saisie, mais avant le jour auquel il est assigné devant le tribunal civil pour y voir statuer sur la validité de la saisie, le saisissant ne peut continuer à poursuivre la saisie contre les syndics, et le tribunal civil n'est plus compétent pour en connaître — Br., 13 juill. 1826. J. de Br., 1826, 2e, p. 176.

2 Cass., 2 mars 1819. Sirey, t. 19, p. 298, Dalloz, t. 15, p. 221; Boulay-Paty, n. 447; Br., 7 nov. 1815. J. de Br., 1815, 2e, p. 173.

3 Rejet, 17 juin 1821.—Rejet, 25 mars 1823.

4 Rejet, 14 déc. 1825 J. du 19e s., 1826, 1e, p. 287

SECTION IV.

De la Cessation des pouvoirs des agents provisoires.

1166. Toutes les opérations des agents doivent, autant que possible, se terminer dans la quinzaine, à compter de leur entrée en fonctions, ou au moins dans la quinzaine suivante, seule prorogation que le tribunal puisse donner à leur gestion. Après l'expiration du premier délai ou de la prorogation, ils doivent nécessairement être remplacés par les syndics provisoires dont nous parlerons dans le chapitre suivant.

Cependant, il pourrait arriver un retard dans le remplacement; les agents ne peuvent abandonner la gestion; mais ils exerceraient alors des pouvoirs, plutôt de fait que de droit; ils seraient plutôt des conservateurs de l'actif, que de véritables agents; et dans ce cas, s'ils étaient assignés pour défendre sur l'action d'un tiers, intentée contre la masse, ils devraient se borner à faire connaître ces circonstances au tribunal, sous peine d'être condamnés aux dommages-intérêts.

1167. Dans les vingt-quatre heures qui suivent la nomination des syndics provisoires, les agents doivent leur rendre compte de leurs opérations, ainsi que de l'état de la faillite, en présence du juge-commissaire, à moins qu'ils ne soient eux-mêmes nommés syndics.

On suit, pour ce qui concerne la reddition de ce compte, les règles ordinaires de la procédure; et s'il y avait lieu à quelque condamnation contre eux, elle serait solidaire, conformément à ce que nous avons dit n°182, parce que leurs fonctions ont été indivisibles [1]; elle entraînerait en outre la contrainte par corps, comme toute espèce de séquestre judiciaire.

Après la reddition de compte, les agents peuvent, s'ils ne sont pas du nombre des créanciers, demander une indemnité que le tribunal arbitre suivant les circonstances, à défaut de réglements locaux : cette indemnité jouit, comme les avances par eux faites, du privilége d'être acquittée par prélèvement sur les recettes dont ils rendent compte, ou s'il n'en existe point, sur les premiers deniers perçus par les syndics.

[1] Boulay-Paty, n. 150

CHAPITRE V.

Des Syndics provisoires, et de leur administration.

1168. Les agents dont nous avons fait connaître les fonctions dans le chapitre précédent, sont nommés par le tribunal, sans le concours des créanciers, pour ne s'occuper que de ce qu'il y a de plus urgent : il est donc convenable de les remplacer, le plus tôt possible, par des hommes en qui la masse soit présumée avoir une plus grande confiance.

Dans la rigueur des principes, les créanciers devraient seuls et directement choisir leurs délégués. Mais un préalable est indispensable, c'est de connaître quels sont ces créanciers; et les opérations pour y parvenir sont longues, en même temps qu'elles ne peuvent être faites utilement sans de légitimes contradicteurs. Ces diverses considérations ont conduit à l'institution de syndics provisoires nommés par le tribunal, sur une présentation de candidats faite par les personnes que les divers renseignements de la faillite annoncent être créancières.

Indépendamment de la vérification des créances et du concordat, que l'importance de ces objets nous décide à traiter dans des chapitres particuliers, ces syndics sont chargés d'administrer la faillite. Nous allons nous borner, dans les deux sections de ce chapitre, à présenter des règles : 1° sur la nomination des syndics provisoires; 2° sur leurs droits et leurs devoirs dans l'administration qui leur est confiée.

SECTION PREMIÈRE.

De la Nomination des syndics provisoires.

1169. Les agents provisoires doivent remettre au juge-commissaire, le bilan, dès qu'il leur a été transmis, ou dès que la rédaction en est achevée, si elle a lieu par leurs soins.

Ce magistrat dresse dans trois jours, pour tout délai, et remet au tribunal, la liste des créanciers que l'examen des papiers, registres ou autres renseignements a pu faire con-

naître; il doit même la dresser, sans attendre la confection du bilan, si le temps des fonctions des agents expire avant qu'il ait pu être rédigé. C'est à sa prudence et à sa conscience qu'est confiée la rédaction de cette liste; et rien ne s'opposerait à ce qu'il n'y comprît pas un grand nombre de créanciers de très-modiques sommes, qu'il aurait quelques raisons de croire suspects de vouloir favoriser le failli dans la nomination des syndics provisoires. On ne peut se dissimuler la grande importance des fonctions de ces syndics, l'extrême influence qu'ils auront sur tout ce qui doit être fait. Leur nomination devant avoir lieu à la majorité des voix, sans aucune considération de l'importance des créances, la fraude ou la connivence sont à craindre; et le juge est naturellement investi de tous les droits qui pourraient prévenir les abus et déconcerter la fraude. Il convoque ensuite les personnes portées sur cette liste, par un avis que les agents font insérer dans les journaux, de la manière prescrite nº 1109.

L'attention des créanciers étant déjà éveillée par la publicité donnée au jugement déclaratif de la faillite, une assignation n'a pas paru nécessaire. La vigilance du juge-commissaire garantit en outre l'envoi de lettres individuelles, à tous ceux envers lesquels on peut prendre cette mesure. Ainsi, des créanciers prétendraient inutilement que l'assemblée n'a été composée que d'une minorité clandestine ou irrégulière, et qu'il ne leur a pas été envoyé de lettres, ou que ces lettres ne leur sont point parvenues; ils seraient toujours présumés suffisamment avertis par les affiches et les journaux.

Le juge-commissaire doit indiquer, dans ces avis et circulaires, le jour de l'assemblée, et prendre ses mesures de manière qu'elle puisse avoir produit un résultat avant que l'administration des agents ait cessé. Il indique aussi le lieu de la convocation qui, assez souvent, est au local même des séances du tribunal, mais qui pourrait, sans inconvénients, être à son propre domicile ou à celui du failli. Il n'est pas nécessaire, et même il semble peu convenable de citer ce dernier à comparaître dans cette assemblée, où il ne pourrait que se voir exposé à des reproches pénibles, sans qu'un accommodement puisse encore avoir lieu.

1170. Quoique cette première assemblée n'ait pour objet que de faire concourir les créanciers, par un choix de candidats, à la nomination de syndics provisoires, les suites en ont paru assez importantes pour exiger des précautions contre les tentatives de faux créanciers, qui arriveraient dans la vue de servir le failli et de faire nommer des hommes à sa disposition : en conséquence, quiconque se présenterait comme créancier, et dont le titre serait ensuite reconnu supposé, peut être poursuivi et condamné aux peines portées contre les complices de banqueroute frauduleuse, quand même il ne se présenterait point à la vérification dont nous parlerons dans le chapitre suivant. On ne pourrait dire qu'il y a eu seulement tentative d'un crime dont l'exécution a été arrêtée par la volonté même de celui qui le commettait. Le crime n'est pas, dans ce cas, d'avoir fait vérifier une fausse créance, mais d'avoir, à l'aide d'un titre supposé, concouru à la désignation des syndics provisoires. Il y a donc eu un fait consommé qui a produit ses résultats; à l'aide d'un faux titre, ce prétendu créancier a concouru à une nomination importante; il est juste alors que, nonobstant sa prudence de ne plus reparaître, on puisse prouver sa collusion et l'en punir.

1171. Cette assemblée prépare, mais elle ne fait point la nomination des syndics provisoires. On n'a pas cru devoir abandonner ce choix absolu à des personnes qui ne sont point encore reconnues créancières. L'assemblée n'a donc que deux attributions : la première, d'indiquer le nombre de syndics qu'elle juge nécessaires; la seconde, de dresser une liste de candidats, en nombre triple de celui qu'elle désire, afin que le tribunal, par jugement rendu sur le rapport du commissaire, sans assignation à qui que ce soit, même au failli, choisisse autant de syndics que les créanciers ont estimé être nécessaires. Ceux qui se sont présentés sur la convocation du juge-commissaire, y procèdent en quelque nombre qu'ils soient. Il est difficile de supposer que des créanciers, puissent méconnaître leur intérêt au point qu'aucun ne se présente sur cette convocation, ou que ceux qui se présenteraient refusent de former une liste. Si ce cas arrivait, le juge-commissaire devrait dresser procès-verbal et en référer au tribunal, qui pourrait, soit de suite, soit après une nouvelle invitation aux créanciers,

nommer d'office des syndics provisoires.

1172. La liste de présentation nous semble pouvoir être faite à la simple pluralité des voix. Il n'est pas même indispensable que la désignation tombe sur des créanciers; l'intérêt de la masse est, quelquefois, de prendre les syndics parmi des étrangers; à plus forte raison, elle pourrait les choisir parmi les agents provisoires[1]. Néanmoins, la désignation ne peut porter que sur des personnes capables de s'engager et ayant la libre administration de leurs biens; le juge-commissaire, ou, sur son rapport, le tribunal, soit d'office, soit provoqué par quelque créancier, pourrait donc ordonner à l'assemblée de remplacer, sur la liste, les personnes qui n'auraient pas les qualités convenables. Ainsi, un mineur non commerçant ne peut être choisi, et le mineur commerçant ne pourrait l'être que dans une faillite dont il serait créancier. Mais une fille, une veuve, commerçantes, une femme aussi commerçante et autorisée par son mari, peuvent être nommées syndics d'une faillite dont elles sont créancières, bien qu'on doive croire que ce cas sera très-rare[2]. Un failli non réhabilité, mais à qui un concordat aurait rendu la libre disposition de ses biens, pourrait également être indiqué au choix du tribunal[3]. La qualité d'étranger ne serait pas aussi une cause d'exclusion, car cette qualité ne change rien à ses droits et à son intérêt[4].

Au surplus, l'assemblée n'étant composée que de créanciers non vérifiés, il n'y a pas d'exclusion fondée sur le seul doute de la vérité ou de la légitimité de la créance prétendue. On peut dire seulement que si le tribunal, éclairé par le juge-commissaire, par les réclamations de quelque créancier, ou de toute autre manière, suspecte la bonne foi d'un créancier porté sur la liste, il n'hésitera point à refuser de le nommer.

S'il arrivait qu'un ou plusieurs syndics refusassent d'accepter les fonctions que le tribunal leur défère, ou dans le cours des opérations donnassent leur démission, en un mot qu'il y eût une cause légitime de remplacement, il faudrait suivre la même marche.

SECTION II.

Des Droits et Devoirs des syndics provisoires.

1173. Les syndics provisoires doivent continuer les opérations commencées par les agents, et se livrer sans retard à celles qui leur sont particulièrement attribuées; tout ce que nous avons dit nos 1148 et suivants leur est donc applicable. Leur qualité d'administrateurs leur impose l'obligation de faire procéder à la levée des scellés et à l'inventaire; ce sera l'objet d'un premier paragraphe; nous ferons connaître dans le second la conduite qu'ils doivent tenir dans l'administration de la faillite.

§ Ier. *De la Levée des Scellés et de l'Inventaire.*

1174. Les syndics provisoires doivent appeler le failli à la levée des scellés, ainsi qu'à l'inventaire; et ces opérations doivent avoir lieu aussi en présence du procureur du roi, ou de son substitut. Nous indiquerons les motifs de cette dernière précaution, en parlant des banqueroutes.

Cet inventaire supposant quelquefois des connaissances de commerce ou d'appréciation que peuvent ne point avoir les syndics provisoires, ils ont droit de se faire aider, pour l'estimation, par qui bon leur semble.

Il n'est point nécessaire d'y appeler ceux qui ont fait, aux scellés, des oppositions fondées sur la qualité de simples créanciers. Mais il en serait autrement, si ces oppositions étaient fondées sur un droit de propriété de certains objets compris dans l'actif du failli: telles sont les demandes en distraction, revendication, restitution de dépôt, sur lesquelles nous donnerons quelques notions dans le chapitre dixième.

Les formalités ordinaires de la procédure doivent être observées dans cet inventaire, qui peut néanmoins être dressé par les syndics provisoires, sans qu'il soit besoin de notaire. Alors, la minute n'en est point remise dans un dépôt public; la signature du juge de paix qui assiste à chaque séance, garantit suffisamment contre toute altération; cette minute reste entre les mains des

1 Boulay-Paty, n. 186
2 Idem, n. 183.
3 Boulay-Paty, n. 184
4 Idem, n. 185; Dalloz, t. 15, p. 119, n. 5.

syndics qui se chargent du mobilier, au pied de l'inventaire, et qui sont obligés de le représenter lors de la reddition de leur compte. La mesure de rédiger cet inventaire double, dont un exemplaire serait déposé au tribunal de commerce, pourrait être prescrite par le juge-commissaire; et les syndics ne pourraient s'y refuser, parce qu'elle serait conforme à la prudence, et qu'en s'y refusant, ils donneraient, en quelque sorte, sujet de suspecter la loyauté de leurs intentions.

Au moyen de ces opérations, les syndics provisoires sont dépositaires de tous les registres et papiers du failli; mais ils ne peuvent en refuser communication aux créanciers ou tiers qui y auraient intérêt, conformément à ce que nous avons dit n° 259.

§II. *De l'Administration de la faillite.*

1175. Les syndics sont, à la fois, représentants des créanciers et du failli[1]: gardiens de l'actif de la faillite, ils doivent le défendre non-seulement contre des tiers, mais encore contre le failli lui même, si l'intérêt de la masse l'exigeait; en un mot, faire continuer et achever tout ce qui a dû être ou a été commencé par les agents, suivant ce que nous avons dit nos 1155 et suivants.

Mais il ne faut jamais perdre de vue que leurs droits sur l'actif ne sont que ceux de simples administrateurs. Ainsi, l'on conçoit facilement, par suite des principes expliqués nos 225 et suivants, par le syndic d'une faillite, quoique investi, par cette qualité, du droit de recevoir une somme due au failli, ne pourrait prétendre que le concours de cette créance avec une dette dont il serait tenu personnellement envers le débiteur de la faillite, a opéré la compensation.

Il est d'autres obligations que la délicatesse leur impose: il leur est interdit d'acheter directement ou indirectement des créances contre le failli; le tribunal à qui des négociations de cette espèce seraient dénoncées, pourrait même prononcer leur destitution, et ordonner que le bénéfice de ces opérations, s'il y en a, tournera au profit de la masse. A cet égard, on pourrait tirer une sorte d'induction des principes du droit civil, qui ne permettent pas à un tuteur d'acquérir des créances contre son pupille.

Dans la règle, ils ne sont point autorisés à payer les dettes: ce soin est réservé aux syndics définitifs. Cependant, s'il était d'un intérêt évident pour la faillite de retirer promptement un objet donné en nantissement, des mains du créancier, ce qui ne pourrait être fait qu'en le désintéressant, les syndics provisoires devraient demander cette autorisation, et le tribunal pourrait l'accorder, suivant les circonstances. Il en serait de même de l'acquittement des frais de justice et autres dettes privilégiées, telles que des loyers de magasins, etc. [2].

1176. Les syndics provisoires ont, avec plus d'étendue de droits et d'obligations que les agents, la mission de représenter la masse en toutes actions, tant en demandant qu'en défendant.

Au nombre de ces actions, sont évidemment celles qui auraient pour objet de faire rentrer dans la masse les portions d'actif qui en auraient été détournées, ou qui d'après les principes du droit, doivent être considérées comme propriété du failli, encore bien qu'un tiers en soit détenteur; telles seraient des marchandises vendues au failli et qui n'auraient pas encore été livrées, des objets par lui prêtés ou confiés en dépôt, ou donnés en nantissement; sauf les exceptions ou droits de rétention que feraient valoir ceux à qui ces objets sont demandés, suivant les principes que nous expliquerons dans la seconde section du chapitre sixième. Il en serait de même d'effets de commerce que le failli aurait donnés, revêtus d'un endossement irrégulier qui n'est, comme nous l'avons vu n° 353, qu'une procuration, car toute procuration est révoquée par le seul fait de la faillite. Les syndics sont fondés, en conséquence, à former opposition dans les mains de celui qui doit payer l'effet, afin qu'il ne le paie point entre les mains de celui qui n'en serait porteur que comme mandataire du failli, conformément à ce que nous avons dit n° 415. Mais celui qui possède l'effet en vertu d'un endossement irrégulier, pour-

[1] Le syndic provisoire a qualité pour demander que le failli illégalement détenu soit mis en liberté. Br., 27 déc. 1826. J. de Br., 1827, 1e, p. 112. J. du 19e s., 1826, 3e, p. 295.

[2] Ils peuvent, avec l'autorisation du juge-commissaire, faire vendre les immeubles du failli. Br., 17 mars 1824. J. de Br., 1824, 1e, p. 161. Voy. néanmoins les art. 491, 492 et 528 du Code de comm., et Boulay-Paty, n. 195 et plus bas n. 1179

rait-il repousser l'opposition des syndics, en prouvant qu'il avait payé la valeur au failli avant sa faillite, et que l'endossement, quoique irrégulier, doit être considéré en sa faveur comme translatif de propriété? On peut invoquer, pour l'affirmative, le principe certain, en général, que la masse est substituée au débiteur, et par conséquent, tenue de toutes les obligations qu'il a contractées, comme nous l'avons dit n° 190, sauf ce qui sera expliqué au chapitre septième sur la révocation des actes frauduleux. Or, puisque, conformément à ce que nous avons dit n° 355, le porteur pourrait repousser l'auteur de l'endossement irrégulier qui voudrait l'empêcher de toucher le montant de l'effet, il semble que la même exception pourrait être opposée à la masse de ses créanciers. Néanmoins, la négative nous paraît devoir être admise. Le législateur a voulu que l'endossement irrégulier ne fût qu'une procuration : si ce principe peut être modifié lorsque l'auteur de l'endossement irrégulier est libre de disposer de ses biens, et de donner un consentement, que la justice supplée pour qu'il ne profite pas de sa mauvaise foi, la même modification ne peut plus être admise, lorsque, par le dessaisissement, il est devenu incapable de donner un consentement qui change les effets de l'endossement irrégulier.

1177. Hors ce cas et quelques autres qui seront indiqués, notamment dans le chapitre septième, la masse de la faillite représente passivement et activement le débiteur. Ainsi, lorsque dans un temps où le dessaisissement ne rendait pas le failli incapable de défendre seul à des actions en justice, une condamnation a été prononcée contre lui, les agents, ou après eux les syndics, ne peuvent attaquer ce jugement par voie de tierce-opposition.[1].

On peut, à l'aide de cette règle, apprécier ce qui aurait lieu relativement aux actions contre la masse. Celui à qui le failli aurait vendu des marchandises, sans les lui avoir livrées, est en droit d'agir pour obtenir l'exécution du contrat. Mais, pour en bien connaître les effets, il faut se reporter à la distinction faite n°s 238 et 278, entre la vente de corps certains et déterminés, et celle de choses indéterminées. Si le failli avait vendu des corps certains, la propriété en ayant été transmise à l'acheteur, conformément à ce que nous avons dit n°s 187 et 277, ce dernier aurait le droit de distraction dont nous parlerons au chapitre dixième. Si au contraire le failli avait vendu des choses indéterminées, l'acheteur n'aurait qu'une simple action qui, par la nature des choses, se résoudrait en une condamnation pécuniaire, et le rendrait simplement créancier de la masse. Il en serait de même si le failli avait, avant sa faillite, contracté une obligation de tirer des lettres de change. Le consentement réciproque qui a suffi pour lier les deux parties, n'ayant pas eu pour effet, comme on l'a vu n° 328, de transmettre, à l'instant même de la convention, la propriété de la provision à celui à qui la lettre était promise, il ne pourrait obtenir, à faute d'exécution de cette promesse, que des dommages-intérêts qui le rendraient simple créancier de la masse, pour la somme dont cette lettre devait procurer le paiement.

Les mêmes règles seraient suivies, si le failli avait contracté une obligation de faire, que la faillite ne permettrait plus d'exécuter.

1178. Mais de ce que, dans certains cas, la masse de la faillite ne pourrait être condamnée qu'à des dommages-intérêts, il ne faudrait pas en conclure que si cette masse voulait exécuter la convention telle qu'elle a été contractée, elle n'y fût pas recevable. Celui qui a traité avec le failli ne pourrait s'y refuser; car, de ce que la faillite aurait pu être la cause qu'il ne retirât pas de la convention les avantages qu'il avait droit d'en espérer, ce n'est pas un motif pour que lui, qui est en état de remplir ses engagements, puisse s'y refuser, quand la masse offre d'exécuter les siens [2].

Nous avons vu, n° **1128**, que, dans certains contrats, celui qui avait traité avec le failli avait la faculté d'en demander la résiliation, et que la masse ne pouvait repousser cette action qu'en offrant caution : ce serait aux syndics, à qui l'option serait laissée, d'examiner ce qui est dans l'intérêt de la masse, et de décider s'il est plus convenable pour elle de consentir la résiliation ou de courir la chance attachée à l'existence du contrat. Il en serait de même pour le cas où l'option ne porterait que sur le paiement ou la prestation d'une caution.

La masse des créanciers, étant substituée

[1] Rejet, 15 fév. 1808

[2] Rejet, 5 août 1812 Dalloz, t 15, p. 72.

aux droits actifs du failli, comme nous venons de dire qu'elle l'était aux droits passifs, peut exercer toutes les actions qui lui appartenaient. Ainsi, elle peut provoquer la nullité ou la rescision de contrats contre lesquels il aurait pu invoquer ce moyen, suivant les principes expliqués nos 139 et suivants, tel que dol, violence, erreur, défaut de pouvoir d'un mandataire [1].

1179. Les syndics provisoires ne peuvent poursuivre la vente des immeubles; et, par conséquent, si une saisie immobilière était interposée, comme on l'a vu no 1164, les syndics ne pourrraient consentir à sa conversion en vente volontaire devant notaires, fût-ce de concert avec le failli qui, d'ailleurs étant dessaisi, n'a pas ce droit.

Mais la location des immeubles, ou la cession d'un bail d'immeubles, ne leur est pas absolument interdite; ils doivent, s'il est urgent de prendre cette mesure, réclamer l'autorisation du tribunal, sans laquelle une telle location serait nulle, même à l'égard du locataire, qui ne pouvait ignorer la qualité des syndics. En général, il est assez convenable de suivre, pour décider les questions sur cette matière, les règles qui concernent l'administration des tuteurs, puisque nous verrons, no 1265, qu'on doit les observer pour la vente des biens des faillis, en remarquant, toutefois, que les pouvoirs des syndics provisoires ne sont pas aussi étendus que ceux d'un tuteur [2].

1180. Les syndics provisoires n'ont point aussi le droit de faire une vente générale et indéfinie du mobilier qui compose l'actif. Il ne s'agit pas encore de vendre, pour faire des répartitions entre les créanciers. Mais si l'on reconnaissait la nécessité d'éviter des dépérissements, ou de frayer à des dépenses dont l'acquittement ne peut être différé, telles que des droits d'enregistrement, de procédure, des honoraires d'officiers ministériels ou de conseils, la vente de quelques portions du mobilier n'est point interdite. Dans ce cas, l'autorisation spéciale du tribunal n'est pas requise aussi absolument que pour les agents provisoires, parce que le système de la loi est d'attribuer une plus grande autorité aux syndics, et que d'ailleurs, souvent et surtout dans les faillites considérables, les marchandises ne sont pas réunies dans le même magasin. Néanmoins, s'ils ont des doutes, ils doivent s'adresser au juge-commissaire, qui, à son tour, en réfère au tribunal. Lorsqu'il y a lieu, dans ces cas, de faire quelques ventes, ils peuvent y procéder à l'amiable, par courtiers, ou aux enchères, selon qu'ils le jugent à propos, suivant les règles que nous avons données no 1158.

1181. Quoique, en général, ces syndics doivent éviter, le plus qu'il est possible, d'engager la masse et se renfermer dans les bornes d'une administration provisoire, ils pourraient être conduits à reconnaître la nécessité et les avantages, soit de continuer, si déjà les agents provisoires l'avaient fait, comme nous l'avons vu nos 1143 et 1159, soit même de reprendre les opérations du commerce du failli. L'autorisation du tribunal leur est nécessaire, et ce n'est que d'après les circonstances et la nature des affaires qu'il peut se décider [3].

Les syndics pourraient aussi reconnaître la nécessité de souscrire des transactions, soit à l'occasion du procès qu'ils ont à soutenir au nom de la masse, soit à l'occasion des vérifications de créances dont nous parlerons dans le chapitre suivant. Ces transactions, autorisées ou homologuées par le tribunal, seraient obligatoires pour la masse; et même quel qu'en fût le sort ultérieur, elles ne donneraient lieu à aucun engagement ni aucune responsabilité personnelle des syndics qui auraient traité en cette qualité [4], à moins qu'il ne fût reconnu qu'il y a eu dol ou faute de leur part. Quant au droit de soumettre le jugement des contestations à des arbitres, il faut distinguer. Si le failli avait consenti un arbitrage, les syndics de la masse qui exerce ses droits doivent remplir ses obligations; ils peuvent donc et ils doivent nommer des arbitres [5]. Mais ils ne pourraient consentir le dernier ressort si le failli ne s'y était pas soumis. Hors ce cas, les syndics provisoires ne pourraient, sans autorisation du tribunal, consentir un arbitrage volontaire; et le compromis qu'ils auraient souscrit serait radicalement nul.

Dans tous ces cas, si des condamnations étaient prononcées contre la masse; elles

1 Cass., 3 août 1819.

2 Boulay-Paty, n. 208;
Rejet, 28 janv. 1824. Dalloz, t. 16, p. 131.

4 Cass, 28 mai 1814.

5 Rejet, 6 fév. 1827. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 105.

n'obligeraient les syndics que pour leur portion; et chacun des créanciers condamnés pourrait, en cas d'insuffisance de l'actif, être poursuivi pour la sienne, même par corps, si la condamnation était de nature à entraîner cette exécution [1].

Nous aurions de la peine à admettre une exception à ce qui vient d'être dit en faveur des officiers ministériels chargés de poursuites ou de procédures pour la masse. En recevant les pouvoirs des syndics, ils ont connu leur qualité, et n'ont pu ignorer qu'ils étaient des mandataires qui faisaient connaître la nature de leurs pouvoirs.

1182. Quant au recouvrement des créances, les syndics peuvent recevoir ce qui leur est offert par les débiteurs de la faillite; et ceux-ci ont le droit de leur faire des offres réelles dans les mêmes cas où ils auraient pu en faire à leur créancier [2]. Ils peuvent et doivent exiger ce qui est échu et même les créances non échues, lorsque le défaut de poursuites exposerait la masse à des pertes. Si quelques débiteurs du failli tombaient eux-mêmes en faillite, ils doivent se présenter aux réunions de ses créanciers, aux vérifications et affirmations des créances, agir selon les circonstances, et, sauf les cas urgents, ne prendre de mesures qu'après que le juge-commissaire en a reconnu la nécessité. Les fonds provenant de ces recettes sont versés dans une caisse à double serrure, comme il a été dit nº 1160.

1183. Les pouvoirs des syndics provisoires, quoique limités, étant encore assez étendus pour qu'il leur soit possible d'en abuser, soit en cherchant à améliorer leur sort aux dépens de la masse, soit en favorisant quelques créanciers au préjudice des autres, soit en vendant les marchandises à vil prix [3], soit en servant la mauvaise foi du débiteur, le tribunal de commerce peut, d'office, sur la provocation du juge-commissaire, les révoquer, et ordonner que les créanciers seront de nouveau réunis pour faire une liste de présentation, et à leur défaut nommer des syndics d'office.

Chaque créancier isolément, ou plusieurs réunis, mais sans qu'une assemblée soit nécessaire, et le failli lui-même, peuvent aussi réclamer contre la conduite des syndics, comme nous avons vu, nº 1165, qu'ils en avaient le droit contre les agents. Mais les actes faits dans les limites des pouvoirs que nous venons de déterminer, et les condamnations obtenues, même contre des syndics dont la nomination serait ultérieurement annulée comme irrégulière, ont tous leurs effets au profit des tiers de bonne foi [4], sauf les dommages-intérêts auxquels les syndics qui auraient abusé de leur mandat pourraient être condamnés solidairement, comme il a été dit nº 1167.

CHAPITRE VI.

De la Vérification des créances.

1184. La plus importante fonction des syndics provisoires est la vérification des créances. Quelle qu'en soit la nature, toutes y sont assujetties; car, lors même que la qualité de la créance réclamée ne serait pas douteuse, le fait de son existence ou de sa quotité peut être susceptible de vérification. Réciproquement, la légitimité de la dette peut n'être pas contestée, et sa qualité, qui la rendrait préférable à d'autres, n'être pas reconnue.

Dans une première section, nous allons indiquer les formes de la vérification; dans la seconde, nous offrirons des règles particulières à certaines créances.

SECTION PREMIÈRE.

Des Formes de la vérification des créances.

1185. Tous les créanciers, même pour des causes étrangères au commerce, tels que seraient des mineurs dont le failli aurait été tuteur, sa femme, etc., privilégiés ou hypothécaires, sont avertis par avis inséré dans les journaux, et constaté de la manière indiquée nº 1109, de venir déclarer à quel titre et pour quel somme ils réclament. Ceux que

[1] Rejet, 19 janv. 1819. Dalloz, t. 15, p. 108.
[2] Cass., 11 mai 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 198.
[3] Rejet, 14 déc. 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 287.
[4] Rejet, 25 mars 1823. Dalloz, t. 4, p. 403. Sirey, 25, 1e, p. 138.

le bilan et les autres renseignements de la faillite ont fait connaître, sont en outre avertis par lettre des syndics. Ces avertissements n'ont pas besoin de contenir les noms de tous les créanciers, ni d'inviter chacun d'eux individuellement; il suffit qu'ils désignent les nom, prénoms du failli, et donnent les autres indications qui fassent reconnaître son identité.

Celui qui se prétend créancier peut comparaître par un mandataire, constitué par acte sous signature privée ou devant notaire. Il pourrait arriver que, soit avant, soit depuis l'ouverture de la faillite, une créance eût été cédée à une personne qui ne pourrait fournir, de son chef, les preuves de la légitimité de ses droits. Il est indubitable qu'indépendamment de la faculté qu'elle a de faire valoir la créance, du chef de son cédant, elle peut exiger que celui-ci se présente pour assister à la vérification, répondre aux objections et affirmer la sincérité de la créance originaire. C'est une conséquence de la garantie à laquelle il est tenu, conformément à ce que nous avons dit n° 314.

Le juge-commissaire doit veiller à ce que la vérification ait lieu diligemment, à mesure que les créanciers se présentent. Cette vérification est faite contradictoirement entre chaque créancier et les syndics, en présence de ce magistrat. Celle de la créance d'un syndic se fait contradictoirement avec les autres; et l'on appelle, à la place du demandeur, un créancier vérifié.

1186. Le procès-verbal doit être dressé par le juge-commissaire, ce qui semble n'exiger ni l'assistance, ni l'entremise d'un greffier, ni l'acquittement des droits fiscaux qu'un acte de greffe entraîne, quoiqu'une décision du ministre de la justice, du 27 septembre 1808, paraisse en avoir déclaré la nécessité [1].

Ce procès-verbal énonce la présentation des titres de créance, le domicile des créanciers et celui de leurs fondés de pouvoir, s'ils en ont. Il contient, en outre, la description sommaire des titres, avec énonciation des surcharges, ratures et interlignes qui s'y trouveraient. Chaque créancier laisse son titre aux syndics, ou, s'il le préfère, au greffe du tribunal; on lui en donne un récépissé qui n'est sujet à aucun droit fiscal.

Il ne faut pas en conclure que toute créance doive être justifiée par titres, car il peut arriver qu'ils soient perdus ou égarés, et nous en avons vu un exemple, n° 408 : de plus, ces titres peuvent n'être pas dans les mains des créanciers, par exemple, s'il s'agit de lettres de change ou de billets à ordre, que celui qui se présente ait eu besoin de produire dans diverses faillites. Dans d'autres cas, il peut arriver qu'il n'en ait pas été souscrit, par exemple, si les créances ne résultent que des registres, ou si elles consistent en fournitures, comptes courants, etc.

Le juge-commissaire peut, s'il le croit à propos, demander aux créanciers la représentation de leurs registres, ou l'extrait fait par les juges du lieu.

Cette représentation des livres peut aussi être exigée, comme on l'a vu n° 259, lors même qu'il existe des titres, quelque réguliers ou authentiques qu'ils puissent paraître. Du reste, les titres qu'on produit n'ont pas besoin d'être revêtus de la formalité de l'enregistrement pour être présentés.

Tout créancier dont la créance a été vérifiée et affirmée, peut assister à la vérification des autres créances, et les contester. Il peut user du même droit à l'égard de celles qui ont déjà été admises; mais cette faculté ne subsiste que jusqu'à la clôture du procès-verbal, et le créancier qui a laissé achever cette opération ne peut plus demander la révision des autres créances, à moins qu'il n'allègue des faits positifs, ou la fraude de celui dont il veut attaquer le titre [2].

Si la créance n'est pas contestée, le procès-verbal exprime que le porteur est reconnu légitime créancier de la somme réclamée, et les syndics signent et datent sur son titre, ou, s'il n'y en a pas, sur l'extrait des registres, comptes, factures ou mémoires par lui produits, la déclaration qu'il est admis au passif de la faillite pour la somme reconnue.

Ces déclarations sont visées par le juge-commissaire, entre les mains duquel chaque créancier est tenu d'affirmer, dans le délai de huitaine, que sa créance est sincère et véritable. L'affirmation peut être faite par un fondé de pouvoirs, parce qu'il ne s'agit pas ici d'un serment déféré au cours d'une contestation, pour en faire dépendre le jugement.

Si la créance est contestée en tout ou partie, les syndics peuvent requérir, et le

[1] Boulay-Paty, n. 218. Dalloz, t. 15, p. 134.

[2] Boulay-Paty, n. 220. Dalloz, t. 15, p. 134.

juge ordonner le dépôt des titres du créancier au greffe du tribunal de commerce. Il peut même renvoyer les parties à comparaître à bref délai, et sans qu'il soit besoin de citation, devant le tribunal compétent : car, par cela seul qu'il s'agit de créance réclamée contre une faillite, et de contestation élevée incidemment à une vérification, il ne faut pas en conclure que le tribunal qui a déclaré cette faillite soit compétent de plein droit; il ne peut connaître que de ce qui est engagement de commerce suivant les règles données nos 5 et suivants [1]. Ainsi, les droits prétendus par le trésor public [2], par la femme du failli [3], par des mineurs dont il aurait eu la tutelle, par un vendeur d'immeubles, par une personne qui réclame un objet prêté simplement à usage au failli, etc., devraient, en cas de contestation, être jugés par le tribunal civil; et même quand il s'agirait d'opérations de commerce, il faudrait suivre les règles particulières de compétence que nous expliquerons dans la septième partie [4].

S'il s'agissait de matières que la loi soumet à des arbitres, les syndics devraient en nommer. Ils auraient aussi le droit de transiger, et même de consentir un arbitrage volontaire, en prenant les précautions indiquées n° 1181.

1187. Le tribunal compétent doit s'assurer, par tous les moyens qui sont en son pouvoir, de la sincérité des créances réclamées. Si les rapports de parenté ou autres, entre le failli et le créancier, ne sont pas des motifs pour repousser ce dernier, ils ne sont pas aussi des raisons d'être plus favorable; quelquefois même la crainte de la fraude peut commander plus de sévérité dans ce cas. La comparaison du bilan, qui, sans doute, ne ferait pas seule une preuve, avec les titres ou pièces justificatives produits par le créancier, fournirait aussi des moyens puissants pour déjouer la fraude ou éviter des erreurs [5]. Mais ce ne serait pas toujours parce que les livres du failli ou le bilan ne feraient pas mention de l'existence d'une dette, qu'il en faudrait tirer la conséquence qu'elle n'est pas justifiée, si d'ailleurs elle paraissait suffisamment établie. Cette omission ne serait qu'une preuve que le failli ne tenait pas ses registres exactement; les tribunaux apprécieraient les circonstances et la bonne foi du demandeur, surtout si, n'étant pas commerçant, il ne pouvait être réputé en faute pour n'avoir pas de livres qui justifiassent sa demande. A plus forte raison ne devrait-on pas repousser un créancier, par le seul motif que son titre n'a pas acquis, avant l'ouverture de la faillite, ce que, dans le droit civil, on nomme date certaine [6]; il ne faut pas perdre de vue, dans ce cas, ce que nous avons dit n° 246.

Lorsque l'affaire est renvoyée au tribunal saisi de la faillite, et qu'une enquête est nécessaire, il ne peut ordonner qu'elle soit faite devant le juge-commissaire. Les autres tribunaux doivent suivre les règles ordinaires de la procédure.

1188. La vérification des créances doit être terminée dans la quinzaine, à compter de l'expiration des quarante jours donnés aux créanciers pour comparaître. Cette quinzaine écoulée, les syndics dressent un procès-verbal contenant les noms de ceux des créanciers portés sur la liste dont nous avons parlé n° 1169, qui sont défaillants; et la seule clôture de ce procès-verbal les constitue en demeure. Si, par la négligence des syndics, quelques créances n'étaient pas vérifiées dans le délai indiqué, il ne faudrait pas en conclure qu'elles en seraient dispensées; les créanciers non vérifiés devraient provoquer eux-mêmes, du juge-commissaire, une ordonnance pour obliger les syndics à procéder à cette vérification. Ceux qui négligeraient de la solliciter, seraient traités comme des créanciers non vérifiés, et auraient à se reprocher leur négligence.

Il n'arrive que trop souvent qu'après l'expiration des délais dont nous venons de parler, les syndics négligent de dresser le procès-verbal des créanciers en retard; il n'est pas douteux que tout créancier vérifié a le droit de réclamer contre cette incurie, de la manière indiquée n° 1183.

Sur le rapport du juge-commissaire, le

1 La Haye, 7 nov. 1828; Br., 18 fév. 1820. J. de Br., 1820, 1e, p. 252. J. 19e s., 1831, 3e, p. 6. Dalloz, t 15, p. 135.

2 Règlement de juges, 9 mars 1808. Dalloz, t. 15, p. 212.

3 Quant à son droit d'hypothèque, par exemple; Brux, 21 mai 1825 J. de Br., 1825, 2e, p 60. J du 19e s., 1825, 3e, p. 122.

4 Boulay-Paty, n. 233. Dalloz, t. 15, p. 135. Carré, lois de la comp., t. 5, p. 509.

5 Rejet, 11 floréal an XII.—Rejet, 12 déc. 1815

6 Rejet, 28 mai 1823. — Cass., 22 juill 1823 — Rejet, 7 janv 1824. Dalloz, t. 15, p. 91 et suiv.

tribunal doit fixer un nouveau délai, déterminé d'après la distance du domicile de chaque créancier en demeure, de manière qu'il y ait un jour au moins par chaque distance de trois myriamètres. S'il y a des créanciers résidant hors de France, on observe à leur égard les délais ordinaires des assignations.

Le jugement qui fixe le nouveau délai est notifié aux défaillants par la voie de l'insertion dans les journaux, suivant le mode indiqué n° 1109. L'accomplissement de ces formalités vaut signification à l'égard de ces créanciers, qui, à défaut de comparution et d'affirmation dans le nouveau délai, sont exclus des répartitions dont nous parlerons dans la suite, sans qu'on ait besoin d'obtenir contre eux un jugement de déchéance.

Toutefois, ils peuvent y former opposition jusqu'à la dernière des distributions inclusivement. Elle n'a pas besoin d'être introduite et jugée comme une action en justice; il suffit que le réclamant présente sa demande au juge-commissaire, lui déclare qu'il se rend opposant à ce que dorénavant les distributions aient lieu sans l'appeler, et qu'il requiert que sa créance soit vérifiée. Si cette créance n'est pas contestée, il l'affirmera et sera compris dans les répartitions postérieures, sans qu'il puisse attaquer aucun des actes faits jusqu'à sa comparution, ni rien prétendre dans les répartitions commencées, qui, à son égard, sont réputées irrévocables, quand même il aurait été inconnu.

Si la qualité de créancier n'était survenue à un individu qu'après l'expiration de ces délais, ce ne serait pas un motif pour le faire jouir du dividende déjà réparti. Ainsi, l'endosseur intermédiaire, dont le droit n'est ouvert contre la faillite que quand, obligé de payer, il peut exercer un recours contre elle, n'obtiendrait pas une exception. Quoiqu'on puisse dire que l'équité semble s'opposer à ce qu'il soit privé d'un dividende, pour n'avoir pas exercé un droit non encore ouvert, on peut répondre, avec les principes, que le droit, quoiqu'éventuel, n'en existait pas moins : que rien n'empêchait ce créancier de se faire vérifier; qu'il y a toujours faute ou négligence de sa part.

Au surplus, quelles que soient les circonstances, en aucun cas, cette faculté donnée aux créanciers défaillants, de former cette opposition, ne fait obstacle à ce qu'on procède, soit au concordat, soit à la nomination des syndics définitifs, dont nous parlerons dans la suite.

SECTION II.

Des Règles particulières à certaines espèces de créances.

1189. Nous avons vu les formes qui devaient être observées dans la vérification des créances de toute nature. Mais, s'il en est un grand nombre qui ne présentent d'autre point à vérifier que la légitimité du droit et la quotité de la dette, il en est aussi qui peuvent, en outre, donner matière à d'autres difficultés, soit relativement à leurs effets particuliers et accessoires, soit relativement à la manière d'en constater l'existence ou d'en calculer l'étendue, par suite de principes du droit commercial.

Les créances qui méritent d'être considérées particulièrement sont : les privilégiées; celles auxquelles plusieurs personnes sont obligées; celles qui naissent des cautionnements; celles qui résultent de comptes courants; celles de l'époux de la personne faillie.

Nous en ferons l'objet de cinq paragraphes.

§ Ier. *Des Dettes privilégiées.*

1190. On appelle *privilége* le droit que la qualité d'une créance donne à celui qui l'exerce, d'être préféré à tous créanciers, même antérieurs. Ce droit est réel, c'est-à-dire inhérent à la créance; il passe avec elle à tous ceux à qui elle est acquise par cession, subrogation ou autrement, et dure autant que l'action [1], sauf les cas particuliers où il n'est fondé que sur le fait de la détention d'une chose; alors il est perdu lorsque le créancier s'en est dessaisi. Si plusieurs personnes avaient, même par des actes de dates différentes, acquis des portions d'une dette privilégiée, elles concourent proportionnellement à leurs droits, sans priorité pour les plus anciens cessionnaires [2].

Le droit d'affectation privilégiée ou hypo-

1 Rejet, 14 juill 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 324.

2 Cass., 4 août 1817 Dalloz, t. 17, p. 87.

thécaire sur les immeubles étant soumis; dans les faillites, aux seules règles de la législation civile, nous ne voyons aucune nécessité d'en parler; ce qui a été dit, n°s 1135 et suiv., est suffisant pour indiquer les modifications apportées, en cette matière, au droit commun. Nous ferons, d'ailleurs, connaître les effets de ces sortes de droits, dans le chapitre neuvième. Nous ne nous occuperons donc ici que des priviléges sur les meubles, et nous supposons qu'il n'y a aucune difficulté sur leur existence ou sur leur validité, d'après les règles expliquées n° 1135.

Les priviléges sont généraux ou particuliers : ce sera l'objet des deux premiers articles de ce paragraphe; dans le troisième, nous donnerons quelques notions sur les priviléges du trésor public.

ART. I. *Des Priviléges généraux.*

1191. Les priviléges généraux sont : les frais de justice, les frais funéraires, ceux de dernière maladie; les salaires des gens de travail ou de service; les fournitures de subsistances; les frais de défense de l'accusé. En général, ils priment ceux dont nous aurons à parler dans les sections seconde et troisième, à moins que des dispositions spéciales que nous ferons connaître ne prononcent des exceptions.

Ils s'étendent sur tous les meubles, dans quelques mains qu'ils soient placés, même sur ceux qui auraient été affectés, par privilége spécial, à la sûreté de quelque dette.

Dist. 1. *Des Frais de Justice.*

1192. Les frais de justice qui jouissent du privilége général dont nous parlons ici, sont ceux qui ont rapport à la masse de la faillite, tels que les frais de scellés, d'inventaire et autres de même nature. On ne donnerait ni ce nom ni ce privilége aux frais qu'un créancier particulier aurait faits contre le failli, pour obtenir des condamnations; ils suivraient le sort de la créance.

Il s'ensuit que si les agents ou syndics avaient soutenu quelque procès dans l'intérêt commun, les dépenses par eux faites et régulièrement justifiées ne seraient pas précisément considérées comme frais de justice jouissant du privilége dont il s'agit ici. Ils donneraient lieu seulement aux prélèvements que ces mandataires peuvent faire[1], conformément à ce que nous avons dit n° 1167.

Dist. 2. *Des Frais funéraires.*

1193. Nous avons vu, n° 1108, qu'un commerçant pouvait être déclaré en faillite après son décès. Les frais de ses funérailles peuvent donc se trouver au rang des dettes de la faillite. La somme à laquelle ils seraient liquidés par le tribunal compétent jouirait d'un privilége général qui passe immédiatement après les frais de justice.

Il en est de même des droits de mutation; la régie a, pour en être payée, un privilége sur tous les biens du défunt, conformément aux art. 5 et 32 de la loi du 12 déc. 1798 (22 frimaire an VII)[2].

Dist. 3. *Des Frais de dernière maladie.*

1194. Un troisième ordre de privilége est établi en faveur des médecins et autres gens de l'art pour la totalité des frais de la dernière maladie dont le failli a été atteint avant la déclaration de la faillite, pourvu toutefois qu'il ne se soit pas écoulé plus d'une année depuis que cette maladie est terminée. Si cette maladie était du nombre de celles qu'on nomme *chroniques* ou lentes, la quotité de ces frais serait fixée par le tribunal compétent, suivant les règles du droit commun. Il pourrait se faire que la maladie étant commencée avant la déclaration de la faillite, se prolongeât, ou même qu'elle ne survînt que depuis le dessaisissement. L'humanité semblerait encore exiger, dans ce cas, que la faillite les acquittât par analogie de ce que nous dirons n° 1258, sur le droit qu'a le failli d'obtenir un secours sur ses biens, pour ses besoins et ceux de sa famille; ce serait moins à titre de privilége qu'à titre de prélèvement, que ces sommes pourraient être payées aux intéressés qui exerceraient alors le droit qu'a le failli de demander des secours.

Dist. 4. *Des Gages et Salaires des gens de service.*

1195. Les gens de travail et de service habituel dans la maison du failli sont privi-

1 Rejet, 9 vendémiaire an XIV.

légiés, pour l'année échue et la courante, des gages qui leur sont dus au moment de l'ouverture de la faillite.

Toutes personnes qu'un commerçant emploie à son commerce, moyennant un salaire connu sous le nom de *gages, appointements, etc.*, doivent être classées parmi les gens de service. Mais on ne pourrait comprendre sous cette désignation, pour leur accorder le même privilége, les agents de change, courtiers, commissionnaires, etc., qu'aucune raison d'analogie ne ferait mettre au rang des serviteurs, suivant ce qui a été dit nº 38; ni même des ouvriers qui ne seraient pas attachés exclusivement au service du failli. Ils n'ont que des priviléges particuliers, dans le cas dont nous parlerons au paragraphe suivant.

Le privilége des personnes qu'un commerçant emploie à son service n'est pas restreint à s'exercer sur les seuls objets du commerce : il est général. Mais souvent ces individus réunissent à la qualité d'employés salariés celle de mandataires pour certaines dépenses relatives à la branche de commerce qu'ils dirigent; sous ce second rapport, ils ont droit d'exercer des priviléges particuliers sur les choses qu'ils ont achetées, augmentées ou conservées de leurs deniers, comme pourraient en exercer des étrangers.

La différence entre ces priviléges est grande, si, d'un côté, celui des salaires est général sur tous les biens; de l'autre, il ne peut être exercé que pour une année, et pour ce qui est dû de la courante; les autres priviléges ne s'exercent que sur les choses qui en sont spécialement frappées, mais ils ne sont pas limités à un temps déterminé.

Il ne faudrait pas étendre ces priviléges aux dommages-intérêts qu'une personne louée, sous un titre quelconque, à un failli, aurait droit de prétendre contre la masse, pour inexécution des engagements pris envers elle. Sans doute la faillite ou la mort de celui à qui un individu a loué ses services, ne rompt pas la convention, à moins de circonstances qui montrent que celui qui s'est loué a voulu courir cette chance : mais si la masse ne continue pas les engagements qui ne sont plus compatibles avec la position du failli, celui qui s'est loué a droit à une indemnité que les tribunaux déterminent; et ce n'est plus qu'une créance ordinaire et non privilégiée, à moins qu'une loi spéciale n'ait accordé un privilége, comme on l'a vu nº 946, pour les dommages-intérêts dans la charte-partie.

Dist. 5. *Des Priviléges des fournisseurs.*

1196. Le cinquième ordre des priviléges généraux est celui des fournisseurs de subsistances pour le débiteur et sa famille.

Par ce mot, *subsistances*, il ne faut pas entendre seulement ce qui concerne la nourriture, mais ce que, dans le droit, on appelle *aliments*, c'est-à-dire tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, tels que vêtements, logement, instruction des enfants, etc. Mais il ne faut pas étendre ce privilége au-delà du terme que le législateur a eu en vue : ainsi le fournisseur des vivres dont celui à qui il les a fournis ferait un commerce, tels que le boulanger, le boucher d'un restaurateur, d'un aubergiste, ne seraient pas fondés à invoquer ce privilége au-delà de ce qui serait reconnu excéder la consommation de la famille du débiteur.

Les détaillants, tels que bouchers, boulangers, marchands d'étoffes, maîtres d'institution qui donnent des leçons sans tenir les enfants en pension, ne peuvent réclamer que les six derniers mois, quand même le failli aurait eu l'habitude de ne régler que tous les ans avec eux. Les maîtres de pension, les négociants, tels que marchands de vins en gros, marchands de bois tenant chantier, peuvent réclamer leurs fournitures d'une année.

Les créances de cette espèce n'étant pas commerciales, on ne pourrait appliquer à celles qui ont été contractées par l'entremise de préposés ce que nous avons dit nº 561. Si quelquefois un particulier peut être engagé envers des fournisseurs, par sa femme[1], ses enfants, ses domestiques, c'est par l'effet de certaines considérations qui n'ont de commun avec la jurisprudence commerciale que la nécessité où se trouvent les juges de se décider d'après les présomptions ou les circonstances de bonne ou de mauvaise foi des parties, plutôt que par la rigueur du droit.

Dans la règle, le fournisseur qui livre des marchandises, soit à des domestiques, soit à des artisans qui se présentent au nom de quelqu'un, le fait à ses propres risques, s'il

[1] Rejet, 7 nov 1820

ne prouve pas que ces domestiques ou artisans agissaient du consentement exprès ou tacite de celui à qui il en demande le paiement. Le consentement exprès, s'il est restreint à une fourniture, n'en autorise pas de subséquentes; s'il n'y a pas de limitation, soit pour le nombre, soit pour la quotité des objets, le fournisseur qui a continué de livrer peut contraindre le maître au paiement, à moins que les circonstances ne prouvent qu'il a agi de mauvaise foi.

L'autorisation peut être tacite, lorsqu'un particulier laisse à sa femme, à ses enfants, ou même à des domestiques, une certaine partie d'administration. De même, lorsqu'on tient avec un fournisseur un livret destiné à inscrire les fournitures, ou une taille, tout porteur du livret ou de l'échantillon est réputé suffisamment autorisé. Mais si une personne a autorisé ses domestiques ou quelque artisan à prendre, en son nom, des fournitures chez *tel* ou *tel*, ce n'est pas une présomption en faveur d'autres de la même profession, qui, sans un ordre exprès, en auraient fait de semblables. Un arrêté de compte fait avec un domestique autorisé à prendre ses fournitures, ne perpétuerait pas l'action annale, s'il n'avait des pouvoirs plus étendus; et même, le maître peut être déchargé de la demande, s'il affirme qu'il a donné l'argent à son domestique pour payer: c'était au marchand à ne pas faire crédit sans lui en référer.

Dist. 6. *Des Frais de défense de l'accusé.*

1197. Les faillites pouvant exposer souvent un débiteur à des poursuites criminelles ou correctionnelles, il est dans l'ordre des choses d'indiquer un sixième rang de priviléges que la loi du 5 septembre 1807 a établi pour les frais de la défense personnelle des accusés. Le réglement, en cas de contestation, doit être fait par le tribunal qui a connu de la poursuite.

ART. II. *Des Priviléges particuliers.*

1198. Les priviléges particuliers sur les meubles sont: 1° celui du bailleur de la ferme, de la maison, des magasins exploités ou occupés par le failli; 2° les frais faits pour la conservation d'une chose; 3° les frais de culture ou de main d'œuvre; 4° les droits qui résultent du nantissement; 5° ceux du vendeur non payé; 6° les frais de voiture; 7° les droits sur les cautionnements; 8° les droits des créanciers d'une société sur ce qui en dépend, par préférence aux créanciers particuliers des associés.

Nous en ferons l'objet d'autant de paragraphes distincts. Nous n'avons rien à dire ici des priviléges sur les navires ou sur les marchandises expédiées par cette voie; le désir de rendre complète la matière des contrats maritimes nous a porté à nous en occuper n°ˢ 939 et suivants.

Dist. 1. *Du Privilége du Bailleur.*

1199. Le bailleur d'une ferme, d'une maison, etc., a privilége sur tout ce qui les garnit, quelle qu'en soit la nature, meubles, ustensiles, chevaux de labourage, prix des sous-beaux, récoltes pendantes par les racines, ou provenantes d'années antérieures. Ce privilége n'est primé que par celui des ouvriers qui auraient contribué à la confection des choses affectées au gage. Il passe avant ceux dont nous avons parlé dans la section précédente [1], à la seule exception des frais faits pour la vente même des objets qui y sont affectés.

L'étendue de ce privilége, qui a lieu pour toutes les obligations du locataire ou fermier, quelles qu'elles soient, varie selon que le bail a, ou non, une date certaine. Dans le premier cas, il s'exerce pour tout ce qui est échu et ce qui reste à courir, sauf aux créanciers à sous-louer, en payant les loyers à échoir, ou en donnant caution suffisante, comme il a été dit n° 1128. Le propriétaire ne peut s'opposer à cette sous-location, quand même le bail en contiendrait une clause prohibitive, à moins que, dans ce dernier cas, il ne préférât de résilier.

Si le bail n'a pas une date certaine, le propriétaire n'a de privilége que pour les loyers échus pour l'année courante, et pour celle qui la suit, mais non pour les termes futurs [2].

En acquittant ces deux années, les créanciers peuvent disposer librement du mobilier qui garnit l'édifice loué; mais aussi le propriétaire, envers qui n'est plus exécutée l'obligation de garnir de meubles, en quan-

[1] Rejet, 20 août 1821. Dalloz, t. 17, p. 91.

[2] Cass., 28 juill. 1824. Dalloz, t. 17, p. 42.

tité suffisante, a droit de provoquer la résiliation.

Le bailleur ne pourrait même pas s'opposer à la vente du mobilier, dans les cas prévus nos 1158 et 1180, et autres semblables, bien que les loyers ne fussent point acquittés; seulement, son privilége se conserverait sur le prix, au moyen d'une opposition faite entre les mains de l'officier chargé de la vente [1].

1200. Ce privilége ne porte pas, toutefois, sur l'argent comptant et les titres de créances qui ne peuvent avoir été considérés par le bailleur comme devant lui répondre de ses loyers. Mais cette exception ne s'appliquerait pas aux marchandises, encore qu'elles ne soient pas entrées pour simple ameublement, et que le bailleur ait dû s'attendre à perdre son privilége et même son droit de suite sur ce qui les compose, à mesure qu'elles seraient débitées. La seule différence entre les marchandises et les meubles ordinaires consiste en ce que le bailleur ne pouvait, pendant que le locataire exerçait son commerce, empêcher qu'elles sortissent de la maison louée, par l'effet naturel de ce commerce. Mais lorsqu'il s'agit, en cas de faillite, d'exercer son privilége sur le prix des marchandises dont la masse des créanciers a provoqué la vente, il n'y a plus de distinction, parce que, dans le fait, elle est sans objet.

On ne doit point, en général, distinguer si le fermier ou locataire, a, ou non, la propriété des objets qui garnissent la ferme ou maison, à moins que le propriétaire n'ait connu les droits d'autrui. Mais cependant, il y a des exceptions que commande l'équité. Ainsi, le propriétaire d'une chose volée peut la réclamer, sans craindre d'être arrêté par le privilége du bailleur; il en est de même de celui qui aurait prêté momentanément, ou donné en nantissement, depuis que celui-ci est en jouissance, et qu'il a garni la ferme ou maison, de meubles suffisants. Cette distinction est d'une grande importance, puisqu'il peut arriver des cas dans lesquels la totalité des objets qui garnissent des locaux loués au failli, appartient à des tiers qui les lui ont confiés en entrepôt ou en commission, pour vendre ou pour recevoir certaines préparations. Celui qui a loué des locaux avec cette destination, est présumé avoir connu que les objets qu'on y déposerait n'appartenaient pas au locataire, et doit s'imputer de n'avoir pas exigé d'autres sûretés de ce dernier; les tribunaux de commerce ou les cours se décideraient d'après les circonstances [2].

Par suite de ces principes, il faut reconnaître aussi que le privilége du bailleur ne pourrait s'exercer sur les meubles du sous-locataire. Ces meubles ne répondent que du prix de sa sous-location, et en la payant ou en justifiant qu'il l'a payée suivant les usages et sans fraude, il a le droit de les enlever ou de les conserver libres de toute responsabilité pour les loyers dus par le locataire principal [3].

L'analogie conduit à parler ici du privilége d'un aubergiste sur les effets déposés dans son hôtellerie, dans les cas prévus no 515 : il est un véritable locateur, et n'a pas de droits sur ce qui serait prouvé ne pas appartenir au voyageur, s'il a su que ces objets ne lui appartenaient pas.

Dist. 2. *Des Frais pour la conservation de la chose.*

1201. On entend par *frais pour la conservation*, toute dépense qui a empêché la chose de périr, telle que la réparation des vaisseaux ou enveloppes contenant des marchandises, les déboursés faits pour remédier à des avaries ou autres accidents arrivés au cours du transport, les frais de chargement ou déchargement qui en ont été la suite, ceux de magasinage, d'entretien, faits dans la même vue, et enfin, l'assurance, comme on l'a vu no 964.

L'équité pourrait conduire aussi à admettre un privilége en faveur d'un agent d'affaires qui aurait poursuivi et obtenu la liquidation d'une créance due par l'État au failli, pour les déboursés et salaires qu'il justifierait lui être dus : et les circonstances serviraient à appliquer cette règle aux cas analogues.

On devrait encore, comme on l'a vu no 1195, comprendre dans cette classe de priviléges le droit de ceux qui, ayant acheté des marchandises par ordre et pour le compte du failli, n'auraient pas été remboursés de

[1] Cass., 16 août 1814. Dalloz, t. 17, p. 39.

[2] Rejet, 22 juill, 1823.—Rejet, 21 mars 1826. Dalloz, t. 17 p. 38. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 390.

[3] Rejet, 2 avril 1806. Dalloz, t 19, p. 19

leurs avances en tout ou partie. Sans le moindre doute, ils ont droit d'en rester saisis jusqu'à ce qu'il les ait complétement indemnisés et remboursés : mais s'ils ont eu l'excessive confiance de le livrer, en accordant crédit au débiteur, il ne leur resterait plus que le droit de revendication dont nous parlerons dans le chapitre dixième.

Dist. 3. *Du Privilége des Frais de culture et de main-d'œuvre.*

1202. Les sommes dues pour l'ensemencement ou culture d'un héritage, ou pour la récolte des fruits qu'il a produits, quand même les réclamants seraient des journaliers qui auraient négligé de se faire payer chaque jour, sont, comme on l'a vu n° 1199, privilégiées sur les récoltes, même avant le propriétaire du fonds [1].

Il est naturel de mettre dans cette classe les sommes dues à celui qui a augmenté la chose, soit par son travail, soit en y ajoutant d'autres matières, tel qu'est l'ouvrier à qui sont confiées des marchandises pour les mettre en œuvre, dont nous avons parlé n° 525.

Dans la règle, ce privilége serait perdu si le créancier se dessaisissait de la chose que ses avances ont augmentée. Il faut, toutefois, avoir égard aux usages. Un ouvrier dont la main-d'œuvre et même les fournitures accessoires ont accru la valeur des matières qui lui avaient été confiées pour travailler, qui rend l'ouvrage fini, ne peut assurément le suivre entre les mains de celui auquel l'entrepreneur qui employait cet œuvre les a transmis [2]. Il ne peut également exercer un privilége sur ces objets qui se trouveraient dans la faillite; mais si, ayant reçu une certaine quantité, il en a rendu une partie, il peut exercer sur ce qui reste entre ses mains un privilége pour le travail relatif aux objets qu'il a livrés. Il en serait autrement si, après avoir rendu tout ce qui lui avait été confié, sans prendre la précaution de se faire payer, il voulait exercer ses droits sur d'autres marchandises qui lui auraient été confiées postérieurement [3]. Un décret du 14 février 1794 (26 pluviôse an II) accorde cependant un privilége aux ouvriers qu'un entrepreneur de travaux publics a employés, pour leurs salaires, sur les sommes dues par l'État à ces entrepreneurs; mais c'est une exception qui ne pourrait être étendue à d'autres cas.

Par suite de ce qui a été dit plus haut, l'analogie nous porterait à reconnaître un privilége en faveur des ouvriers qui travaillent à la journée dans des ateliers, sur les choses que leurs soins ont produites ou élaborées, tant qu'elles sont encore dans ces ateliers. Les tribunaux décideraient, suivant l'usage local, quel nombre de journées ces ouvriers pourraient réclamer. Ce privilége s'exercerait même en leur faveur, encore bien qu'ils n'eussent pas été immédiatement choisis par le propriétaire de la chose; les principes expliqués n° 943 seraient entièrement applicables.

Dist. 4. *Des Priviléges résultant du Nantissement.*

1203. Le créancier, commerçant ou non, qui a reçu de son débiteur, ou d'un tiers qui lui en ferait livraison dans l'intérêt de ce dernier, un objet mobilier pour sûreté de ce qui lui est dû, acquiert, sur ce gage et sur les accessoires, un droit tel qu'il peut refuser de s'en dessaisir jusqu'à son parfait paiement. Nous avons donné à cet égard n°s 484 et suiv., des règles qui concernent la validité du contrat entre le débiteur et le créancier; et on a vu, n° 1176, les conséquences qui pouvaient en résulter dans la faillite, lorsque les syndics voulaient poursuivre la vente des choses données en gage.

Mais le nantissement a encore un autre objet, celui d'assurer au créancier un privilége qui lui donne droit d'être payé sur le prix de la chose engagée, par préférence à tous créanciers, autres que ceux désignés n°s 1191 et suivants. L'acquisition de ce privilége est soumise à d'autres règles que celles qui concernent la validité du contrat entre le créancier et le débiteur seulement [4]. Lorsqu'il s'agit d'une valeur excédant 150 fr., il faut qu'un acte authentique, ou sous signature privée ayant date certaine, contienne la déclaration de la somme due, l'espèce et la nature des objets remis en gage, ou un état annexé de leurs qualités, poids, mesures, nombre ou quantité [5]. Ces énonciations sont

[1] Cass., 24 juin 1807. Dalloz, t. 17, p. 47.
[2] Rejet, 12 brumaire an XI. Dalloz, t. 17, p. 47.
[3] Rejet, 17 mars 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 145.
[4] Rejet, 13 juill. 1824. Dalloz, t. 20, p. 221.
[5] Rejet, 4 mars 1811. Dalloz, t. 20, p. 223.

requisés pour empêcher que, dans un grand nombre de circonstances, on ne change frauduleusement une vente en nantissement, ou un nantissement en vente, et pour prévenir des connivences favorables à un créancier et nuisibles à l'intérêt des autres. Il importerait peu que la preuve du nantissement résultât des registres, de la correspondance ou de tous autres renseignements non suspects [1]. Les diverses explications que nous avons développées, nos 495, 548 et suivants, sur la manière de désigner des objets déposés ou expédiés, peuvent servir à lever des incertitudes.

Néanmoins, ces conditions ne sont pas requises quand le nantissement est au profit d'un consignataire demeurant dans un autre lieu que l'envoyeur. Lorsqu'il prouve, par un connaissement ou par une lettre de voiture, qu'elles lui ont été adressées, il a, pour sûreté du remboursement, des avances et prêts qu'il aurait faits, ou des acceptations qu'il aurait données [2], un privilége sur les marchandises qui lui ont été expédiées, à compter du jour qu'elles sont sorties des magasins de l'expéditeur, si le prêt est antérieur au départ [3] et à compter du jour du prêt, s'il est fait pendant le voyage. Mais il faut que la lettre de voiture ou le connaissement invoqué par le commissionnaire, soit à son nom, ou que la correspondance constate que l'envoi lui est fait pour sûreté d'avances : celui qui aurait entre les mains le connaissement au porteur ou à ordre de marchandises qui seraient reconnues appartenir à un tiers, ne serait pas, par ce seul fait, réputé avoir privilége pour des avances par lui faites au propriétaire. Dans ce cas, le connaissement ne lui donne que le droit de les recevoir et d'en décharger valablement le capitaine, comme on l'a vu n° 727.

Ce privilége produirait son effet, suivant ce qui a été dit n° 1133, lors même que la faillite de l'emprunteur s'ouvrirait moins de dix jours après l'expédition. Il passe avant les droits du vendeur [4], soit que celui-ci exerce la revendication dans les cas prévus n° 1287, soit qu'il se trouve en droit d'exercer un privilége sur le prix de la vente, comme nous verrons plus bas que cela peut arriver quelquefois.

Il ne suffirait pas que les marchandises vinssent d'une ville autre que celle où réside le consignataire, ou qu'elles fussent expédiées pour lui servir de nantissement, dans une ville autre que celle de sa résidence, si celui à qui le prêt est fait demeurait dans la même ville que lui, parce qu'alors les parties pouvaient, sans inconvénient, se conformer aux règles ordinaires, et qu'il n'y a aucun motif d'intérêt commercial pour les en dispenser [5]. Mais si les marchandises expédiées d'une ville autre que celle où réside le créancier, avaient été d'abord envoyées à un consignataire demeurant dans cette ville, qui les lui aurait ensuite remises en nantissement au nom du premier expéditeur, le privilége serait valablement constitué.

Ces diverses circonstances formant une exception au droit commun, doivent être constatées par les juges qui les prennent pour fondement du privilége qu'ils accordent [6].

Ce que nous venons de dire qu'un commissionnaire n'avait pas de privilége sur les marchandises qui lui avaient été remises dans la même ville où demeurait son débiteur, à moins qu'un acte régulier ne constatât le nantissement, ne doit être entendu que des prêts et autres avances du même genre, et ne pourrait point être appliqué à des frais qui auraient été faits pour conserver des marchandises, ou à des déboursés pour payer le voiturier qui les aurait transportées. Dans ces cas, celui qui a fait ces avances, quelque soit le lieu de sa demeure, a droit d'exercer les priviléges dont nous avons indiqué l'objet nos 1201 et 1205 [7].

C'est la possession de la chose qui assure au créancier le privilége naissant du gage. Ainsi, il ne l'acquiert point avant la délivrance réelle, sauf l'exception indiquée ci-dessus; et par conséquent il le perd dès qu'il ne possède plus le gage : mais il est réputé avoir conservé la possession, tant que l'objet est, ou dans un dépôt public, ou entre les mains de personnes à qui il l'aurait lui-même remis à titre précaire. Ainsi le commissionnaire

[1] Cass., 5 juill. 1820. Dalloz, t. 20, p. 224.

[2] Rejet, 22 juill. 1817. — Rejet, 22 nov. 1825. — Cass. 29 juin 1830.

[3] Rejet, 23 avril 1816.—Rejet, 3 brumaire an XII, *paraît contraire*.

[4] Rejet, 8 juin 1829.

[5] Rejet, 28 juin 1826. — Rejet, 9 avril 1829. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 208, 1829, 1e, p. 168.

[6] Rejet, 17 avril 1822.

[7] Rejet, 7 déc. 1826. J. du 19e s., 1821, 1e, p. 292.

qui, après avoir fait des dépenses pour des marchandises, les expédie à son commettant, qui lui a promis de le rembourser sur-le-champ, et n'a pas rempli sa promesse, conserve son privilége tant que la marchandise, objet de ses avances, est dans le port, dans un entrepôt ou autre lieu public, ou entre les mains du voiturier dont il aurait fait choix pour les conduire au lieu que le commettant lui a indiqué [1]; des tiers ne pourraient point y acquérir de droits à son préjudice. Mais si le voiturier a remis les choses qui lui ont été confiées, soit au commettant, soit à un commissionnaire chargé de les recevoir à son nom, le privilége du premier commissionnaire serait perdu.

Il pourrait arriver que l'objet donné en gage fût de nature à être loué, et que le débiteur et le créancier fussent convenus que ce dernier aura droit de faire cette location pour en imputer les produits sur sa créance. Cette faculté pourrait même exister de plein droit, par la nature de l'objet donné en gage, tel que serait un navire qui dépérit par le non usage, et dont l'emploi rapporterait un fret.

L'espèce de la chose donnée en nantissement pourrait, dans ce cas particulier, exiger l'observation de quelques formalités analogues à celles qui sont exigées lorsque le nantissement porte sur des choses non susceptibles d'une détention corporelle. Ainsi le créancier doit se faire remettre, par le débiteur, les pièces qui constatent la propriété et qui représenteront, entre ses mains, le navire que la nature des choses et l'intérêt commun exigent de laisser voyager; il se trouve en quelque sorte dans la même position que s'il avait reçu en gage une créance dont les titres seuls peuvent lui être délivrés. Détenteur de ces pièces, sans lesquelles nous avons vu, n° 607, qu'on ne peut valablement faire la vente d'un navire, il requerra l'énonciation de son acte de nantissement sur les registres d'inscription maritime, et fera opposition à ce qu'on délivre, à son préjudice, des passeports à un acquéreur qui aurait acheté le navire du débiteur par qui il a été donné en gage : et comme la seule convention ne suffit pas pour rendre l'acquéreur d'un navire propriétaire incommutable à l'égard des créanciers du vendeur; comme il ne purge leurs droits qu'après qu'il a fait voyager le navire sous son nom, celui qui paierait avant l'accomplissement de cette formalité, et au préjudice du créancier qui a rendu ses droits notoires, aurait à se reprocher son imprudence.

Lorsque c'est une créance qui est donnée en gage, l'acte de nantissement doit être signifié au débiteur. Si la créance est transmissible par voie d'endossement, une signification n'est pas requise; et l'endossement conforme aux conditions indiquées nos 344 et suivants, ou qui contiendrait des énonciations suffisantes pour établir le droit du créancier nanti, lui assurerait le privilége [2].

Si les créances données en nantissement sont des actions d'une société anonyme dont le transfert s'opère par inscription sur les livres de cette société, on doit remplir les mêmes formalités que s'il y avait vente effective, conformément aux règles qu'offre à cet égard l'art. 13, de l'acte du gouvernement du 16 janvier 1808 sur la banque de France.

Si les créances étaient payables au porteur, le nantissement ne s'opérerait pas par la seule remise du titre, encore que la propriété eût pu être transmise de cette manière, comme on l'a vu n° 313. Le créancier qui avouerait, ou contre qui on prouverait qu'il n'a pas reçu ces créances à titre de propriété, mais comme nantissement, n'aurait aucun privilége si un acte ayant date certaine ne constatait pas son droit.

Ces règles, sur la nécessité d'actes ayant date certaine pour assurer le privilége du nantissement, ne font point obstacle à l'application des principes du droit commun qui admettent la rétention des choses appartenant à autrui, pour sûreté des avances faites relativement à ces choses. Ainsi, l'agent de change qui a, entre les mains, des effets qu'il a achetés par ordre de son commettant, ou le prix de ceux qu'il a vendus, peut les retenir jusqu'à l'acquittement de ses avances et droits légaux. Ainsi, nous verrons n° 1220, que celui qui a reçu des effets en compte courant, a droit de conserver la totalité jusqu'à l'acquit intégral du solde qui lui est dû. Ainsi, comme on l'a vu n° 1201, le facteur ou tout autre mandataire qui a acheté des marchandises pour un commerçant, peut refuser de s'en dessaisir avant qu'on lui ait payé ses avances, et même ses droits de commission ou salaires. Ainsi, lors-

[1] Rejet, 7 juin 1825. J. du 19e s., 1825, 1e, p. 365.

[2] Rejet, 17 mars, 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 241.

qu'un commissionnaire a vendu et livré des marchandises pour le compte de son commettant, il a droit de se rembourser, sur le produit de la vente, du montant de ses avances, intérêts et frais, par préférence aux créanciers de ce commettant.

Il en est de même du dépositaire ou entrepositaire; et c'est sur ce principe qu'est fondé le privilége de l'aubergiste sur les effets apportés chez lui, privilége qui dure tant que les objets ne sont pas sortis de l'auberge ou des lieux qui en dépendent, sans opposition de sa part. C'est encore par suite des mêmes principes, que celui qui, ayant reçu des marchandises ou des valeurs quelconques, a accepté des lettres de change tirées sur lui par le propriétaire de ces objets, est présumé les détenir, à moins de convention ou de preuve contraire, comme provision de ses acceptations, et ne peut être tenu de s'en dessaisir, tant qu'il n'est pas légalement déchargé des effets de son obligation.

Dist. 5. *Des Priviléges du Vendeur non payé.*

1204. En général, le vendeur d'effets mobiliers, non payé, peut, s'il n'a point accordé de terme, les revendiquer dans la huitaine du jour de la vente, contre la masse de l'acheteur en faillite, s'ils sont encore dans le même état qu'au moment de la livraison; et faute par les créanciers de lui payer tout ce qui lui est dû, il a droit de faire distraire ces objets de l'actif, et de les reprendre en nature, quand même le failli en aurait fait la revente à un tiers, tant que celui-ci n'en a pas reçu livraison.

Après ce délai de huitaine, ou, quand la vente est à terme, le vendeur non payé ne peut empêcher la revente; mais, s'il a formé son action en revendication avant la vente [1], il a un privilége spécial sur le prix qu'elle produit.

Ces principes du droit civil s'appliquent, incontestablement dans les faillites, aux meubles meublants, glaces, instruments, machines [2] et autres objets que le failli n'est point présumé avoir achetés pour revendre dans son commerce. Lorsqu'il s'agit de marchandises, on suit des règles particulières que nous ferons connaître nos 1287 et suiv.; et l'on se reporterait pour le sens de ces expressions, aux notions que nous avons données nos 8, 9 et 51.

La seule chose qu'il importe de faire remarquer ici, c'est dans les cas où la loi n'accorde que la revendication, si le vendeur a perdu son droit de l'exercer, il n'a aucun autre privilége, sur le prix encore dû, des objets que le failli aurait vendus à un tiers. Par l'expression effets mobiliers que nous avons employée, il faut comprendre les choses incorporelles, telles que des créances, puisqu'elles sont meubles par la détermination de la loi. Ainsi, le vendeur non payé d'une créance dont il avait fait le transport au failli, sans en avoir été payé, en tout ou en partie, serait fondé à exercer le privilége dont nous venons de parler [3]. Mais il faut, comme nous l'avons fait observer pour les meubles corporels, ne pas perdre de vue que cela n'aurait lieu que pour une cession de créance qui ne constituerait pas un objet commercial. Nous verrons, n° 1295, ce qui a lieu dans ce dernier cas.

C'est ici naturellement le lieu de parler des priviléges particuliers que l'acte du gouvernement du 12 décembre 1806 et les avis du conseil d'État, approuvés les 1 et 11 juin 1810, ont créés en faveur des sous-fournisseurs, agents et préposés d'un entrepreneur qui a traité avec le gouvernement ou les administrations publiques. Dans la rigueur du droit, les fournisseurs qui ont vendu à l'entrepreneur ne sont pas plus favorables que d'autres créanciers; et comme les entreprises de fournitures sont, ainsi qu'on l'a vu n° 21, des actes commerciaux, comme les choses fournies à cet entrepreneur sont des marchandises, ces fournisseurs devraient être soumis aux règles que nous expliquerons n° 1287. Mais, pour mieux assurer le service public, on a cru qu'il fallait déroger au droit commun; et un privilége a été accordé aux fournisseurs sur les sommes que l'État doit à leurs débiteurs, et sur le cautionnement qu'il s'est fait donner. La remise de leurs pièces de livraisons, faites dans les formes prescrites par les actes précités, vaut pour eux opposition; et l'État lui-même ne peut leur opposer d'autres exceptions que celles qui seraient fondées sur les déductions ou

[1] Cass., 14 oct. 1814.
[2] Rejet, 23 déc. 1829. J. du 19e s., 1830, 1e, p. 150.
[3] Cass., 28 nov. 1827. Ibid, 1828, 1e, p. 12.

indemnités résultant des clauses et de la nature de ses marchés avec les entrepreneurs [1]. Cette faveur est spéciale pour les sous-fournisseurs qui ont traité avec les entrepreneurs des administrations publiques; un privilége semblable ne pourrait être réclamé par ceux qui ont vendu et livré des marchandises à ces mêmes sous-fournisseurs [2].

Dist. 6. *Des Priviléges des Frais de Voiture.*

1205. Les sommes dues aux voituriers, pour transport de marchandises et autres accessoires, tels que les déboursés pour en assurer la circulation ou la conservation, sont privilégiées sur ces objets; le voiturier peut même, comme on l'a vu n° 549, en provoquer la vente pour se faire payer.

S'il n'a pas usé de cette faculté, il ne perd pas son privilége par le seul fait qu'il se serait dessaisi, pourvu qu'il agisse pour la conservation de son droit, dans le bref délai que l'usage détermine, selon la nature des choses transportées. On ne peut, en effet, exiger qu'il réclame, à l'instant, son paiement, et le frapper de déchéance pour cette omission; les convenances lui commandent quelques égards; les circonstances exigent quelques délais; et la nécessité des vérifications ne permet pas qu'on le paie à l'instant. Il suffit seulement de faire observer que si, déjà, une partie de la chose frappée de ce gage, était sortie des mains du débiteur, ce qui en resterait répondrait de la totalité de la dette [3].

Dist. 7. *Des Priviléges sur les Cautionnements.*

1206. Les notaires, avoués, huissiers, et plus particulièrement dans la matière que nous traitons, les agents de change, les courtiers, les gardes du commerce, les facteurs des halles de Paris, sont tenus de fournir un cautionnement pour garantie des abus et prévarications qu'ils commettraient dans l'exercice de leurs fonctions.

Tout ce que ces fonctionnaires peuvent faire, même en prenant la qualité pour laquelle ils ont donné leur cautionnement, n'est pas toujours *fait de charge*. Ainsi, un courtier vend les marchandises d'un failli, dans le cas prévu n° 1158, en touche le prix, et le conserve, soit sans l'agrément, soit avec l'agrément des syndics et du juge-commissaire; il est, ensuite, déclaré en faillite, et n'a pas eu la précaution de séparer, avec tous les signes d'individualité nécessaires, les sommes qu'il a reçues, la créance qui en résulte ne sera pas privilégiée, parce qu'il n'est pas institué pour être dépositaire du prix des marchandises qu'il a vendues, et que l'acte du gouvernement du 17 avril 1812, dont nous avons analysé les dispositions n° 131, ne le charge pas du recouvrement du prix des choses vendues par son ministère. Mais si un courtier, dans l'exercice de ses fonctions, commettait une fraude; si par quelque connivence il vendait les marchandises à vil prix, les dommages-intérêts auxquels il serait condamné seraient le résultat d'un fait de charge, et le cautionnement en répondrait. Ainsi, un agent de change, violant les prohibitions dont nous avons parlé n° 74, contracte des engagements personnels, même pour négociation d'effets publics; les créanciers n'auraient pas privilége sur son cautionnement. Mais si, chargé par un client de vendre ou d'acheter des effets publics, il n'a pas soldé le prix de la vente, ou livré les effets qu'il a dû acheter et dont les fonds lui ont été remis, son cautionnement sera affecté à cette sorte de dette. Toutefois encore il ne faudrait pas étendre cette règle au-delà des justes bornes. Si celui qui a donné sa confiance à un agent de change, au lieu de se faire remettre, soit le titre des créances achetées, soit le prix de la vente, le laissait entre ses mains pour en faire l'objet de quelque compte courant, ou de toute autre semblable opération entre eux, ce qui serait dû à ce titre par l'agent de change ne donnerait pas lieu au privilége [4].

Ce privilége a lieu aussi en faveur du trésor public pour les amendes auxquelles ces personnes peuvent être condamnées par suite de leurs délits à l'occasion de leurs fonctions, mais seulement après que les créanciers sont satisfaits[5]. La créance du bailleur de fonds, pour tout ou partie du

1 Rejet, 10 mars 1818. Dalloz, t. 17, p. 70.
2 Rejet, 3 janv. 1822. Dalloz, t. 17, p. 74.
3 Rejet, 28 juill. 1819.
4 Rejet, 10 mai 1827. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 539.
5 Rejet, 7 mai 1816, Dalloz, t. 17, p. 96.

cautionnement, s'exerce ensuite par privilége sur ce qui reste de ce cautionnement, dans les formes et les limites déterminées par les actes du gouvernement des 28 août 1808 et 22 déc. 1812.

Nous sommes naturellement conduits à examiner si le privilége du cautionnement s'étendrait au prix qu'un des agents dont il vient d'être parlé aurait stipulé avant de tomber en faillite, pour présenter un successeur à la nomination du gouvernement. On a vu, n° 158, que cette stipulation était licite. Mais il nous semble que tant qu'une loi n'aura pas déterminé le caractère de ce prix, et ne l'aura pas affecté à la responsabilité des faits de charge, il devra être considéré comme une partie commune de l'actif du failli, appartenant à tous ses créanciers sans distinction.

Il pourrait arriver, il est vrai, que l'agent de change ou courtier eût encouru la peine prévue par l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816, de n'être pas admissible à présenter un successeur : si néanmoins le gouvernement consentait que les syndics de la faillite présentassent un successeur qui verserait une somme convenue dans la caisse de cette faillite avec condition que cette somme sera appliquée aux faits de charge, cette condition devrait être exécutée. Cela n'aurait rien de contraire à ce qui vient d'être dit : la loi seule peut donner des priviléges ; mais le gouvernement qui était libre de ne pas laisser aux syndics la faculté de présenter le successeur du failli, et d'en tirer un prix, est libre aussi de stipuler que l'emploi de ce prix sera fait en faveur d'une classe de créanciers vraiment digne d'intérêt.

Les mêmes principes serviraient à régler le privilége de ceux dans l'intérêt desquels un cautionnement aurait été déposé à une caisse publique, dans le cas dont nous avons parlé n° 408, et autres semblables.

Mais si, au lieu de fournir un cautionnement effectif, une personne avait simplement souscrit une obligation éventuelle de payer des dommages-intérêts, ou une somme quelconque, la créance qui en résulterait ne jouirait d'aucun privilége ; et les intéressés ne pourraient se présenter dans la faillite que comme des créanciers ordinaires.

On peut ranger dans la même catégorie des priviléges dont il vient d'être parlé, celui que l'art. 1er de l'acte du gouvernement du 27 février 1811, a établi en faveur des facteurs de la halle de Paris, sur le dépôt de garantie que chaque boulanger est tenu de fournir. En cas de faillite d'un boulanger, les facteurs qui justifient qu'il est leur débiteur, pour farines livrées sur le carreau de la halle, sont préférés à tous autres créanciers, et jusqu'à concurrence de leurs créances, sur le prix de ce dépôt. Il existe aussi, en vertu de l'art. 31 de l'acte du 6 février 1811, et de l'art. 4 de celui du 15 mai 1813, un privilége pour le remboursement des frais faits par la caisse de Poissy, sur le cautionnement des bouchers de Paris sur le prix des étaux vendus à des tiers, sur ce qui leur est dû pour viande fournie, pour peaux et suif.

Dist. 8. *De la Préférence accordée aux Créanciers d'une Société sur l'actif de cette société.*

1207. Nous avons vu, n° 975, qu'une société est une personne morale dont l'actif se distingue de la fortune particulière de chaque associé, et ne s'y confond que pour ce qui peut rester de net, après que toutes les dettes sociales ont été acquittées. Il s'ensuit qu'encore bien que les associés soient solidairement obligés envers les créanciers de la société, cependant ceux-ci n'ont, sur les biens propres et extra-sociaux de chacun d'eux, que les mêmes droits ou préférences qu'ils auraient s'il n'y avait pas de société ; tandis que, sur les effets sociaux, ils sont préférés aux créanciers particuliers des associés, comme nous l'avons expliqué n° 1089. Mais, à l'inverse, le créancier personnel n'a pas privilége sur les biens particuliers, à l'exclusion des créanciers sociaux [1].

Par suite du même principe, les créanciers de deux sociétés distinctes, quoique les associés soient les mêmes individus, ont un privilége respectif sur les effets de chacune. Mais dans ce cas, et relativement à la preuve de l'existence d'une société, il ne faut pas perdre de vue ce que nous avons dit n° 1010.

Au surplus, ces droits cessent après la dissolution de la société et son réglement. Si, par cet acte, un des associés avait reçu tout ou partie de l'actif social, avec la charge d'en acquitter les dettes, et qu'ensuite il fit faillite, les créanciers de la société ne pourraient prétendre un privilége sur les objets

1 Rejet, 18 oct. 1814 Dalloz, t 15, p 237

qu'il avait reçus de ses associés, lors de la liquidation.

ART. III. *Des Droits particuliers du trésor public.*

1208. Le trésor public, ou les administrations qui en dépendent plus ou moins directement, peuvent avoir des droits à exercer dans une faillite, à différents titres; 1° si le failli est comptable de deniers publics; 2° s'il a été condamné à quelques frais de procédure, ou à quelqu'amende en matière criminelle, correctionnelle ou de simple police; 3° s'il doit des contributions directes ou indirectes, dans le cas où les préposés lui ont fait des crédits autorisés.

Les percepteurs des droits dus par le failli ne sont pas tenus de cesser leurs poursuites, pour attendre que les syndics de la faillite aient vendu le mobilier [1]. Ils peuvent décerner des contraintes, comme si le débiteur n'était pas failli, et les faire exécuter sur ses biens; si les représentants de la masse y forment opposition, les droits prétendus doivent être examinés par l'autorité compétente, suivant les règles sur cette matière, qu'il est inutile d'indiquer ici.

1209. Le trésor public a, sur les meubles de ses comptables, un privilége que la loi du 5 septembre 1807 place immédiatement après ceux dont nous avons parlé dans les deux articles précédents.

Il en est de même pour le recouvrement des frais de justice, et des amendes résultant de jugements criminels, correctionnels ou de simple police, conformément à une autre loi du même jour.

Le privilége pour le recouvrement des contributions foncières, mobilières, des portes et fenêtres, et des patentes, pour l'année échue et la courante, s'exerce conformément à la loi du 19 novembre 1808, sur les meubles, avant tout autre, quel qu'il soit, sans qu'aucun de ceux qui ont été expliqués dans les paragraphes précédents puisse lui être préféré.

Plus ce privilége peut entraîner d'inconvénients, plus il est convenable de ne lui donner aucune extension. Ainsi, un percepteur qui aurait fait un crédit plus long que le temps pour lequel le privilége est accordé, ne pourrait l'invoquer, même en justifiant des reconnaissances du débiteur.

Dans la règle, ces principes ne sont applicables qu'aux seules contributions *directes;* et même la loi ne désigne que celles-là, parce que les contributions indirectes doivent être payées comptant, et que les préposés qui font crédit ne sont que des créanciers ordinaires. Mais il y a une modification pour les douanes, dans l'article 31 du tit. XIII de la loi du 22 août 1791, qui permet aux receveurs de faire crédit aux redevables; et dans diverses autres lois et instructions postérieures qui autorisent ceux-ci à fournir des billets payables à certaines époques, ou qui leur accordent des délais, moyennant caution. Alors le privilége est assuré par l'art. 22 du même titre, tant sur les biens du débiteur principal que sur ceux des cautions et des coobligés solidaires [2]; mais il ne prime ni les frais de justice ni les loyers dus au propriétaire. A plus forte raison la douane aurait privilége sur les choses dont elle est nantie dans ses entrepôts, non-seulement pour les droits dus par ces objets, ce qui ne saurait être contesté, mais encore pour les droits dus par des marchandises délivrées à crédit, et pourrait les retenir au préjudice de celui à qui elles auraient été vendues dans l'entrepôt [3].

§ II. *Des dettes auxquelles plusieurs personnes sont obligées solidairement.*

1210. Lorsqu'une créance est due par plusieurs personnes obligées solidairement, le créancier qui n'aurait pas perdu son action solidaire contre tous ou quelques-uns des débiteurs, par la remise ou par tout autre moyen qui sert à éteindre ou à modifier les obligations, peut, sans attendre l'échéance conventionnelle, exiger son paiement intégral de celui ou de ceux des débiteurs qui sont en faillite, et quelquefois même de ceux qui sont restés solvables, suivant des règles que nous avons expliquées n° 1129. Il a donc droit de se présenter à la vérification, et cette circonstance, que le failli n'est pas seul débiteur, peut faire nal-

[1] Cass, 9 janv. 1815. Dalloz, t. 15, p. 214.

[2] Rejet, 12 déc. 1822; mais cass, 14 mai 1814, *était contraire.* Dalloz. t. 17, p. 79 et 80

[3] Rejet, 27 frimaire an XII. *est contraire.* Dalloz, t. 17, p. 82.

tre des difficultés sur lesquelles nous devons maintenant nous expliquer.

Cette matière peut être considérée sous deux rapports : 1° les droits que le créancier peut exercer contre chacun de ceux qui sont obligés solidairement envers lui ; 2° les droits que les codébiteurs du failli ont contre la masse de leur codébiteur. Ce sera l'objet des deux articles suivants. C'est en parlant de l'administration des syndics définitifs que nous examinerons les recours respectifs des masses, en cas de faillite des codébiteurs solidaires.

ART. I. *Des Droits du créancier contre ses codébiteurs solidaires.*

1111. Les principes généraux sur la solidarité, que nous avons développés nos 182, 415 et 587, sont assez connus. Leur application à l'état de faillite commande une distinction, selon que l'un ou quelques-uns des codébiteurs, ou que tous sont faillis.

Si quelques codébiteurs seulement sont en faillite, le créancier, sans préjudice des droits qu'il a de poursuivre les non faillis à l'époque de l'échéance conventionnelle, suivant les principes expliqués n° 1129, peut se présenter à la masse de chacun des faillis, et requérir son admission pour la totalité de sa créance.

Lorsque tous les codébiteurs sont faillis, le créancier peut exiger qu'on l'admette dans chacune des faillites pour la somme totale de ce qui lui est dû en capital, intérêts et frais, sans égard à ce qu'il aurait déjà touché, ou de ce que, par l'effet de son admission, il serait sur le point de toucher dans la faillite d'un ou de plusieurs des coobligés. On ne pourrait également le repousser, sous prétexte que, par l'effet d'un concordat dans la faillite d'un des codébiteurs, il a fait remise d'une partie de sa dette ; nous en avons donné les motifs n° 224 ; ni sous prétexte, qu'en se présentant pour être vérifié et colloqué dans la faillite d'un autre, il a fixé son choix et a accepté cette faillite comme sa seule débitrice : ce serait contraire aux principes de la solidarité, que nous avons expliqués, nos 183 et 1026. On ne pourra même exiger que lorsqu'il se présente dans la faillite du second ou troisième coobligé, il n'y soit admis que pour son capital, diminué des sommes que lui assure ou que lui a produites sa collocation dans les autres[1]. En exigeant l'obligation solidaire de plusieurs débiteurs, il a voulu d'autant mieux s'assurer son paiement intégral ; et le mode que nous venons d'indiquer est le seul qui puisse atteindre ce but. En effet, si ce créancier, admis dans la première faillite où il ne peut espérer que d'être payé par contribution, n'était admis dans la seconde, que pour un capital diminué de ce qu'il reçoit ou peut espérer de la première, il n'y serait colloqué qu'en proportion de ce reste ; s'il en était de même pour les faillites du troisième ou du quatrième codébiteur, etc., la conséquence nécessaire serait que jamais il ne parviendrait à obtenir son paiement entier.

L'exercice des droits d'un créancier, dans l'un et l'autre de ces deux cas, n'est subordonné qu'à une condition, c'est que, par l'effet des paiements qu'il recevra de divers côtés, il ne touche rien de plus que ce qui lui est dû d'après son titre, en principal, intérêts et frais légitimes.

ART. II. *Des Droits des codébiteurs du failli contre sa masse.*

1212. Les codébiteurs solidaires d'un failli peuvent aussi se présenter à la vérification, pour être admis comme créanciers des sommes qu'ils ont été ou seront obligés de payer à sa décharge. Mais on doit distinguer deux positions : ou le codébiteur solidaire se présente seul, soit parce que le créancier a été payé par lui, soit parce que le créancier, se reposant sur la solvabilité de ce codébiteur, ne juge pas à propos d'entrer dans les embarras d'une vérification ; ou ce même codébiteur n'ayant satisfait qu'en partie, ou même, n'ayant pas encore satisfait le créancier, celui-ci se présente en concurrence avec lui.

Ce sera l'objet des deux distinctions suivantes.

Dist. 1. *Du cas où le codébiteur se présente seul à la vérification.*

1213. Il ne peut y avoir que deux cas où le codébiteur se présente seul et en l'absence du créancier : 1° s'il l'a payé et qu'il agisse ainsi en vertu de la subrogation ; 2° si, quoiqu'il n'ait pas encore payé le créancier,

[1] Rejet, 28 janv. 1817. Dalloz, t. 15, p. 296.

prévoyant que celui-ci ne manquera pas de le poursuivre à l'échéance conventionnelle, il use du droit qui appartient à la caution, et par conséquent au codébiteur solidaire d'un failli, d'agir pour être indemnisé même avant l'échéance.

Pour décider l'un et l'autre cas, il faut se souvenir que nous avons fait remarquer, n° 182, qu'il existait deux espèces de solidarité trop différentes dans leur nature et leurs effets, pour que nous omettions d'indiquer ici la distinction que produit leur application aux faillites.

Si la solidarité provenait de ce que la dette a été contractée collectivement par des individus y ayant chacun un intérêt principal, ce qui les constituerait débiteurs directs de l'obligation, le paiement intégral fait par l'un de ces codébiteurs ne le subrogerait aux droits du créancier, que pour la part de chacun des autres, comme on l'a vu n° 219. Il ne pourrait donc, dans les cas où l'application des règles que nous expliquerons au paragraphe suivant le rendrait recevable à se présenter, et admissible à la vérification, réclamer rien de plus que ce dont le codébiteur était tenu dans la dette; et, pour en fixer le montant, on suivrait le droit commun, dans le silence du titre.

Il n'en est pas de même dans le cas de la seconde espèce de solidarité, telle qu'est celle qui naît d'une lettre de change ou d'autres effets de commerce négociés par voie d'endossement. L'accepteur d'une lettre de change, ou, si elle n'est point acceptée, le tireur, et, s'il s'agit d'un billet à ordre, le souscripteur, est, en définitive, l'unique débiteur. Les autres signataires sont, à son égard, de véritables cautions solidaires; et lorsqu'ils sont admissibles à se présenter, ils peuvent réclamer la totalité de la somme payée, en principal, intérêts et frais. Dans ce cas, on suit les règles sur le cautionnement solidaire, que nous développerons n°s 1216 et suivants.

Dist. 2. *Des Cas où le codébiteur et le créancier se présentent concurremment à la vérification.*

1214. On a vu, n° 1211, que le créancier a droit de se présenter dans la masse de chacun de ses codébiteurs faillis, pour y être admis et colloqué : lorsqu'il use de ce droit, les codébiteurs du failli ne peuvent y être admis à leur tour, pour sûreté de ce qu'ils sont exposés à payer eux-mêmes à ce créancier, par suite de l'insolvabilité de leur codébiteur. Si leur prétention était accueillie, la faillite contribuerait deux fois au paiement de la même créance. Les droits du codébiteur ne peuvent être fondés que sur la subrogation légale expliquée n° 219; or, il n'y a pas subrogation là où il n'y a plus de droits, le créancier les ayant épuisés, en les exerçant dans toute l'étendue que permet l'état de faillite [1].

1215. Le même principe s'appliquerait au cas où l'un des codébiteurs aurait, depuis l'ouverture de la faillite, payé un à compte supérieur à la part dont il est tenu dans la dette commune. Ce seul fait ne suffit pas pour qu'il puisse se présenter et être admis dans la faillite comme créancier de ce qu'il se trouve avoir payé à la décharge du failli. Il ne serait admissible que dans le cas où le créancier aurait négligé de se présenter; parce qu'alors, en se présentant, il exerce les droits que le créancier n'a pas exercés; hors ce cas, il doit être repoussé, la faillite ne devant admettre qu'une fois la même créance. Nous développerons ce dernier principe n° 1247.

Il s'ensuit que si, après que le codébiteur s'est présenté et a été admis, le créancier se présentait aussi et se faisait admettre, comme il en a le droit incontestablement, l'admission du codébiteur serait considérée comme non avenue, et ne lui donnerait aucun droit aux dividendes qui ne devraient être payés qu'au créancier.

§ III. *Des Droits résultant du cautionnement*

1216. Celui qui a cautionné un débiteur est exposé, par sa faillite, à remplir envers le créancier l'engagement dont il a garanti l'exécution. C'est la conséquence de ce que nous avons dit n°s 585 et suiv. Il est donc naturel qu'il puisse se présenter dans la faillite pour être colloqué comme créancier de ce qu'il a payé ou de ce qu'il s'est exposé à payer à son acquit. Le plus souvent, lorsque le cautionnement résulte de négociations d'effets de commerce, le signataire qui a acquitté l'effet est le seul qui se présente. Si, cependant, l'effet n'étant pas acquitté, et le por-

[1] Cass., 22 mars 1814. — Rejet, 28 janv. 1817. — Cass. 1er déc. 1824, — Rejet, 8 fév. 1827.

teur négligeant d'agir, plusieurs des signataires se présentaient, il n'y aurait qu'une admission à faire, pour payer ultérieurement à qui il appartiendra, d'après les principes sur les effets négociables.

La vérification d'une créance cautionnée peut présenter plusieurs hypothèses. S'il se trouve qu'au moment où il s'agit de procéder à la vérification de la créance, la caution a payé le créancier, elle doit être, sans aucune difficulté, admise, et, par suite, colloquée, de la même manière que ce créancier l'aurait été, s'il n'eût pas reçu son paiement; c'est la conséquence des principes sur la subrogation.

Si la caution a payé seulement une partie de la créance, elle peut se présenter en son nom propre, comme créancier directe de cette portion, en vertu de la subrogation légale; et le créancier sera admis, pour ce qui lui restera dû. Mais comme le dividende auquel cette admission lui donnera droit ne le satisfera pas complètement, il lui reste son recours contre la caution à qui le paiement de ce reste ne donnera plus d'action contre la faillite, ainsi que nous l'avons dit plus haut. Dans cette hypothèse, les droits du créancier et ceux de la caution ne forment point un double emploi; ils sont distincts, quoique dérivant d'une source commune. Mais, par une juste conséquence des principes généraux, qui ne permettent pas que la subrogation nuise au créancier qui n'a été payé qu'en partie, ce dernier aurait droit de se faire attribuer, exclusivement à tous les autres créanciers de la caution, le dividende que celle-ci vient réclamer pour la part de dette qu'elle a déjà payée, sans préjudice du droit de la poursuivre pour le reste.

Les difficultés peuvent se compliquer lorsque le débiteur et la caution sont tous deux en faillite. L'étendue des droits du créancier varie selon qu'il s'agit d'un cautionnement solidaire ou pur et simple.

Au premier cas, la caution solidaire étant, à l'égard du créancier, obligée de la même manière que le débiteur, et ne jouissant d'aucune exception particulière, le créancier peut se présenter dans la masse de la caution, quoiqu'il se soit déjà présenté et ait été admis dans celle du débiteur principal, comme on l'a vu n° 1211. Au second cas, comme la caution n'est tenue de l'obligation, que déduction faite de ce qu'a payé le débiteur principal, le créancier ne peut être admis à la faillite de cette caution que pour ce qui lui reste dû: par exemple, Jacques et Joseph ont donné un cautionnement non solidaire à une dette de 3,000 fr., souscrite par Pierre au profit de Jean; celui-ci ne pourra se présenter dans leur masse que pour ce qui lui est dû, déduction faite de ce qu'il a déjà reçu dans la faillite de Pierre. S'il y a solidarité entre les deux cautions; ce qui peut être, quoiqu'elles ne soient pas solidaires avec le débiteur principal, Jean pourra se présenter dans les deux masses de Jacques et de Joseph pour la totalité du reste de sa créance. S'il n'y a pas solidarité entre les cautions, il ne pourra se présenter dans chacune de ces deux masses, que pour moitié de ce reste.

1217. Un failli peut avoir été caution d'une personne qui reste solvable. Si le cautionnement est solidaire, le créancier usera des droits que nous avons fait connaître n° 1211. S'il n'est pas solidaire, on pourrait dire qu'il n'a pas droit de demander son paiement à la masse de la caution, car cette masse n'est obligée de payer qu'autant que le débiteur principal est insolvable; et précisément l'hypothèse que nous examinons est dans le cas contraire. Cependant, comme il peut arriver que dans le temps qui reste à courir jusqu'à l'échéance conventionnelle, le débiteur principal devienne insolvable, il semble juste que le créancier soit admis à se présenter dans la faillite de la caution pour y être colloqué. La masse, à son tour, nous semblerait fondée, ou à exiger caution de rapporter de la part de ce créancier, dans le cas où le débiteur principal paiera à l'échéance, où à se faire autoriser à déposer le dividende, soit pour être touché à l'échéance par le créancier, s'il y a lieu, soit pour être réclamé par la masse, si celui-ci est payé par le débiteur principal. Il peut arriver aussi que le failli se fût porté caution d'une personne tombée en faillite; tel serait le cas d'un commissionnaire qui répond du *croire*. On verra, n° 1279, que le commettant peut revendiquer le prix dû par l'acheteur failli; mais si les dividendes, comme cela arrivera nécessairement, ne suffisent pas pour payer le prix qui est dû, la faillite du commissionnaire en devra le complément. On suivrait, dans ce cas, une marche analogue à celle que nous venons d'indiquer.

§ IV. *Des Créanciers par compte courant.*

1218. Ce que nous avons dit, n°ˢ 475 et 476, sur les comptes courants, est suffisant toutes les fois qu'il s'agit de les régler entre deux commerçants non faillis; mais la faillite, en substituant à la personne du failli la masse des créanciers, fait naître des difficultés qu'il importe de résoudre.

Nous ferons d'abord observer, comme règle générale, que l'état de faillite de l'un des deux commerçants qui étaient en compte courant, arrête le cours de leurs négociations respectives; et ce compte doit être réglé d'après l'état de situation qui résulte de la dernière négociation régulière faite entre les parties. S'il s'élevait quelque difficulté sur la régularité ou sur la légitimité d'un des articles portés au compte courant à la charge du failli, soit dans un temps voisin de l'ouverture de la faillite, soit depuis le jour auquel le tribunal a fait remonter cette ouverture, on suivrait, pour la décider, les règles expliquées n°ˢ 1118 et suivants.

Cela posé, nous allons essayer d'offrir quelques hypothèses. Les unes seront relatives au cas où un seul des correspondants est en faillite; les autres, au cas où les deux y sont tombés. Ce sera l'objet de deux articles distincts.

ART. I. *Du Cas où un seul des correspondants, en compte courant, a fait faillite.*

1219. Le droit d'exiger que le compte courant soit réglé, appartient concurremment au correspondant non failli et à la masse des créanciers du failli. Lorsque c'est cette masse qui croit avoir intérêt à agir, parce qu'elle se prétend créancière du correspondant, les principes expliqués, n° 476, sont suffisants, puisque nous ne supposons pas, dans cette hypothèse, que le correspondant, prétendu débiteur, soit failli.

Lorsque c'est, au contraire, le correspondant non failli qui se prétend créancier, il doit se présenter à la vérification. Si, par le résultat du compte, on reconnaît que, de part et d'autre, les valeurs respectivement fournies ont été réalisées, le compte est facile, et le créancier doit être admis pour la balance dont le montant est en sa faveur.

Les difficultés n'existent que dans le cas très-fréquent où les valeurs respectivement entrées dans le compte courant consistent en effets de commerce que les deux correspondants se sont fournis. On sait que, de sa nature, un compte courant est sujet à une variation perpétuelle; car le mouvement n'étant pas limité, les opérations successives amènent, d'un jour à l'autre, une nouvelle situation. Cette variation est sans inconvénient, car elle est prévue; ceux qui sont ainsi en compte courant s'entendent par leur correspondance, au moyen de bordereaux qu'ils s'expédient réciproquement et qui offrent le tableau de leur situation respective. Mais ils savent bien que ces tableaux n'ont point de fixité, que le *débit* ou le *crédit* y sont éventuels; et cet état de variation ne cesse de subsister que lorsque les parties sont définitivement quittes ensemble.

Cela posé, il peut se faire que le correspondant qui n'est pas en faillite ne se trouve créancier que parce qu'il porte pour valeurs, à son crédit, des effets de commerce qu'il a fournis et qui ne sont pas encore échus. Par exemple, Pierre était en compte courant avec Paul qui a fait faillite. Le crédit de Pierre est de 60,000 fr.; son débit est de 50,000 fr.; au premier coup-d'œil, Pierre est créancier de 10,000. Mais son crédit ne se compose que d'effets non échus au moment où il se présente à la vérification pour faire régler le compte courant; son débit, au contraire, consiste, soit en argent que le failli lui avait remis ou avait payé pour lui, soit en marchandises livrées, soit en effets dont le montant a été encaissé avant l'ouverture de la faillite par lui ou par ceux à qui il les avait lui-même cédés. Il est évident que sa créance de 10,000 fr., est subordonnée à la condition que les 60,000 fr. d'effets portés à son crédit seront acquittés. Comme il n'est pas en faillite, et que nous supposons également qu'aucun des signataires des effets fournis par lui n'est en cet état, on ne peut prétendre que les effets soient exigibles. Il faut les considérer comme valeurs certaines, et Pierre doit être déclaré créancier de 10,000 fr. Cependant rien ne peut assurer que les effets qu'il a fournis seront payés à leur échéance: la masse doit donc prendre ses précautions; et les seules qui nous paraissent justes, c'est qu'on admette Pierre conditionnellement à la vérification, comme créancier de 10,000 fr. Si la distribution des dividendes a lieu avant que les effets par lui fournis aient été acquit-

tés, le montant de son dividende devra lui être délivré, en donnant caution de rapporter, dans le cas où quelques effets seraient protestés ; ou bien, s'il ne veut pas donner caution, ce dividende sera versé à la caisse des consignations, conformément à l'article de l'ordonnance du 3 juillet 1816.

Mais la position assez simple jusqu'à présent peut se compliquer par une circonstance qui doit se présenter fréquemment. Les 60,000 fr. qui figurent au crédit de Pierre, ne sont plus dans la caisse du failli; celui-ci les a négociés, et les porteurs ont le droit, comme on l'a vu, n° 1211, de se présenter pour être vérifiés, colloqués, et obtenir un dividende avant l'échéance, sans néanmoins pouvoir agir contre Pierre, et sans que la masse puisse de son côté exercer un recours contre lui, puisqu'il n'est pas failli. Dans ce cas, nous ne pensons point que Pierre puisse exiger, comme dans le précédent, une collocation sous caution. La collocation des porteurs de ses effets la lui procure et au delà même de ce qu'il pourrait réclamer. Ce sera, au contraire, lui qui, à l'échéance des effets cédés par lui au failli, devra une restitution à la masse. Voici donc comment on opérera : en supposant que la masse donne 25 pour cent, les porteurs recevront 15,000 fr.; et, par conséquent, à l'échéance ces mêmes porteurs n'auront à demander à Pierre que 45,000 fr. ; quoi qu'il soit garant de 60,000 fr. ; mais la masse se trouvant avoir payé à sa décharge 15,000., fr. elle pourra les réclamer contre lui ; et sur ces 15,000 fr. il aura droit de déduire 2,500 fr. pour les 25 pour cent des 10,000 qui lui étaient dus par la balance du compte courant.

1220. Il peut se faire que les deux correspondants se soient respectivement fourni des effets négociables qui, au moment de la faillite, ne sont pas encore échus. Par exemple, Pierre a accepté pour Paul 50,000 fr. de traites, et Paul lui a souscrit ou cédé par endossement pour 70,000 fr. d'effets. Si ces effets étaient payés à l'échéance, Pierre serait couvert de ses acceptations, et devrait rendre un excédant de 20,000 fr. ; mais l'état de faillite de Paul donnant un juste sujet de craindre que les 70,000 fr. d'effets par lui souscrits ne soient pas payés, et, par conséquent, que Pierre soit obligé de faire honneur à ses acceptations, sans avoir provision, il ne peut être tenu de rendre à la masse de la faillite les 20,000 fr. qui excèdent le montant de ses acceptations, et réduit à n'être admis comme créancier que d'une somme de 50,000 fr. Une telle prétention serait en opposition aux principes que nous avons donnés, n°s 476 et 1203, sur les comptes courants. Les 70,000 fr. d'effets que Pierre a reçus ne sont pas des valeurs réelles ; ce ne sont que des valeurs conditionnelles qui, toutes ensemble et indivisément, sont affectées au remboursement de ce qu'il doit payer en vertu de ses acceptations [1]. Si on le forçait à rendre 20,000 fr. d'effets qu'il a reçus, on changerait les conditions du contrat, sans lesquelles il ne se serait pas engagé, car il est évident que 50,000 fr. produiront dans la faillite de Pierre un dividende moins considérable que 70,000 fr. Il a donc droit de conserver la totalité des 70,000 fr. d'effets, et d'être admis, pour réclamer les dividendes qu'ils pourront produire, soit dans la faillite de Paul, si celui-ci en est seul signataire, soit dans la faillite de tous autres signataires, s'il y en a.

Il pourra sans doute arriver que l'effet de cette admission soit de procurer à Pierre des dividendes dont le montant excéderait ce qu'il a payé par l'effet de ses acceptations ; alors il sera débiteur de cet excédant envers la faillite de Paul, de la même manière que si cette faillite n'étant pas arrivée, et la totalité des effets ayant été soldée, il devrait compte à Paul de tout ce qu'il aurait reçu au delà de ce qui lui était dû ; c'est une autre question sur laquelle nous donnerons quelques règles dans la seconde section du chapitre neuvième.

Mais voici une autre hypothèse : il pourrait se faire qu'au moment de l'ouverture de la faillite de Paul, une partie des 70,000 fr. fournis par lui à Pierre, se trouvât payée, de manière que celui-ci, couvert de la totalité de ses acceptations montant à 50,000 fr., dût être déclaré reliquataire des 20,000 fr. excédant qu'il a en portefeuille. Sera-t-il tenu de payer cette somme en argent, ou pourra-t-il rendre les 20,000 fr. d'effets qui lui restent? On peut dire, en faveur de la première opinion, qu'un versement d'effets dans un compte courant, produit les mêmes effets que des versements en numéraire ; que Pierre étant devenu débiteur de 70,000 fr. pour prix de pareille somme d'effets, tandis qu'il n'est créancier que de 50,000 fr., il doit le solde en argent.

[1] Cass., 27 nov. 1827.

Ces arguments nous paraissent sans force devant le principe, que, dans un compte courant, les deux correspondants sont des mandataires réciproques. Celui qui a reçu les effets de l'un a contracté l'obligation de les négocier, ou de les recouvrer pour le compte de l'envoyeur, ce qui est prouvé par l'usage de transmettre ces effets, *valeur en compte* : or, tout mandat finit par la faillite; le mandataire qui offre à la masse de les rendre, ne fait que se conformer à ce principe, et l'événement de la faillite du remettant ne peut pas avoir pour effet de changer le titre auquel la remise a été faite, et de la convertir en un contrat de vente.

Cependant, en serait-il autrement si les 20,000 fr. d'effets avaient été négociés par Pierre, de manière qu'il ne pût les restituer en nature. On peut dire ici, qu'en les négociant il en a touché le prix, que dès-lors il n'y a aucune injustice de la part de la masse de Paul à le lui demander. Mais Pierre qui a touché le prix de ces effets, peut être exposé à le rendre s'ils ne sont pas payés à l'échéance; il faut donc attendre cet événement pour juger ce qu'il devra à la masse de Paul. Si les effets ne reviennent point à protêt, il sera incontestablement débiteur de 20,000 fr. S'ils ne sont pas payés, et que par l'effet des recours il les rembourse, il les rendra pour comptant à la masse; c'est ainsi que le droit et l'équité seront conciliés.

ART. II. *Du Cas où les deux correspondants qui étaient en compte courant sont en faillite.*

1221. Il peut arriver que les deux correspondants qui étaient en compte courant soient tombés en faillite; cette circonstance ne changerait pas les rapports respectifs qui résultent du compte courant; les deux masses doivent donc se régler.

Ce n'est que dans le cas où des effets fournis par l'un à l'autre, ou même réciproquement, ne sont pas encore échus, qu'il peut y avoir des difficultés. Par exemple : Pierre a tiré sur Paul, pour une valeur de 100,000 fr., et Paul a accepté. Pour se couvrir de ses acceptations, celui-ci a tiré pareille somme sur Pierre, qui a accepté aussi. Ils se créditent et se débitent réciproquement du résultat de ces opérations, sauf encaissement. L'un et l'autre tombent en faillite avant l'échéance; les tiers-porteurs se présentent dans l'une et l'autre faillite; il peut y avoir probabilité que la masse de Paul donnera un dividende plus considérable que celui qu'on a lieu d'espérer dans la masse de Pierre; et d'après cette probabilité qui peut même, dans certains cas, devenir une certitude, cette masse de Paul pourrait prétendre qu'elle doit être appelée à la vérification dans la masse de Pierre, comme créancière de ce qu'elle se trouvera payer de dividende, en plus, comparativement avec celui que paiera la masse de Pierre. Nous ne pensons pas néanmoins qu'elle en ait le droit. On a vu n° 1214, que lorsqu'une créance a été admise dans la faillite d'un débiteur, elle ne peut, quelle que soit la personne qui réclame, l'être une seconde fois; et ce principe doit être invariablement suivi. Dans l'espèce, les tiers-porteurs seront admis dans la masse de Pierre; ils toucheront le dividende résultant de cette admission; cette masse ne doit donc plus rien pour la même cause [1]. Sans doute, si Pierre, revenant à un meilleur état de fortune, sollicitait sa réhabilitation, il ne pourrait l'obtenir qu'en faisant un compte exact avec la masse de Paul, de la même manière que s'il n'était pas tombé en faillite, et en la rendant indemne de tout ce qui aurait été payé à sa décharge; mais cette circonstance est étrangère à la question qui nous occupe en ce moment.

Ce serait par les mêmes principes qu'il faudrait décider les difficultés qui s'élèveraient au cas où, au lieu d'accepter à découvert, les deux faillis se seraient respectivement envoyé des valeurs par eux souscrites, qu'ils auraient mises en circulation. Ainsi, Pierre a fourni à Paul des billets qu'il a souscrits pour une somme de 100,000 fr., et il n'a reçu, en contre-valeur, des billets souscrits par Jacques que pour 50,000 fr. Ils tombent l'un et l'autre en faillite avant l'échéance, et les tiers-porteurs se présentent dans chacune des masses, comme on l'a vu n° 1211; la masse de Pierre n'aura pas droit de se présenter à celle de Paul, comme créancière de 50,000 fr. dont son crédit excède son débit. L'admission des tiers-porteurs a épuisé tous les droits. De ce que Paul a, par l'effet de la négociation, reçu de Pierre des valeurs excédant ce qu'il lui a fourni, et a joui des avantages de crédit qui en était le

[1] Rejet, 15 janv. 1823.

résultat, il n'en faut pas conclure que la masse de sa faillite soit débitrice envers celle de Pierre; puisque l'admission des tiers-porteurs épuisant, dans ce cas, le dividende dû aux effets, les masses ne peuvent encore exercer aucun recours les unes contre les autres.

§ V. *Des Droits d'un époux dont l'autre est failli.*

1222. Ce que nous avons à dire ici sur les droits d'un époux dont l'autre est failli, suppose des notions de législation civile sur le contrat de mariage, que notre plan ne nous permet pas de présenter. Nous allons nous borner à indiquer les règles spéciales de la législation commerciale : 1° sur les droits de la femme d'un commerçant failli; 2° sur ceux du mari dont la femme commerçante est tombée en faillite.

Art. 1er. *Des Droits de la femme d'un commerçant failli.*

1223. On a vu nos 67 et suiv., que le mariage pouvait être contracté sous des régimes différents. Sous quelque régime qu'une femme ait été mariée, elle peut reprendre, en nature, les immeubles qu'elle avait en se mariant, et qu'elle n'a point fait entrer en communauté; ceux qui lui sont survenus par succession, donation ou legs; ceux enfin qui ont été acquis, soit par elle, soit en son nom, de deniers provenants de la même source. Il faut qu'elle justifie que ces biens lui appartenaient avant le mariage, ou des titres en vertu desquels ils lui sont provenus. S'ils ont été achetés pendant le mariage, l'origine des deniers doit être constatée par l'inventaire ou tout autre acte authentique, et par la déclaration d'emploi expressément stipulée dans les contrats d'acquisition.

Si le mari n'avait point fait constater légalement cette origine et cet emploi de deniers, la femme ne serait pas fondée, comme dans le droit civil, à recourir aux simples renseignements; la présomption légale établie en faveur des créanciers de la faillite, est que les biens acquis par la femme ont été payés des deniers du mari, et appartiennent à celui-ci. Il faut donc que la femme fournisse la preuve de sa propriété; et encore, lorsque cette justification a été faite, la reprise n'a lieu qu'à la charge des dettes et des hypothèques dont elle aurait pu laisser grever ces biens par conventions ou par condamnations : néanmoins il ne paraîtrait pas contraire aux principes, assez rigoureux d'ailleurs, du droit spécial relatif aux femmes des faillis, que si la femme a été condamnée, ou s'est obligée comme caution de son mari, et pour une dette exclusivement à la charge de ce dernier, elle puisse se présenter dans la masse avec les mêmes droits qu'une caution qui a payé la dette cautionnée [1].

Par suite de ces principes, quand la femme, même séparée ou mariée sous le régime dotal, a payé quelques dettes de son mari, la présomption, jusqu'à ce qu'elle prouve le contraire, est, nonobstant toute subrogation stipulée, qu'elle a fait ces paiements avec les deniers de son mari; elle n'a, en conséquence, aucune répétition contre la masse.

Quoiqu'il ne soit pas contraire aux principes du droit commun, que la femme séparée ou mariée sous le régime dotal ait, en propre, des effets mobiliers, tels que linge, hardes, bijoux, diamants, vaisselle, etc., et que de simples déclarations du mari, ou des preuves non authentiques puissent, suivant ce droit, être invoquées contre lui ou ses héritiers, on présume, quand il y a faillite, que toutes ces choses ont été acquises des deniers du mari seul; la femme n'a droit qu'aux habits et linge nécessaires à son usage [2].

Quant aux bijoux, diamants et vaisselle, et, par la même raison, au linge, meubles, etc., que le contrat de mariage justifierait lui avoir été donnés par tout autre que par son mari, elle peut les reprendre, pourvu, toutefois, si elle est commune, que ces objets aient été stipulés propres. Il en est de même de ceux qu'elle prouverait lui être provenus pendant le mariage à titre hérédi-

[1] L'auteur, après avoir examiné plus mûrement l'opinion qu'il avait exprimée dans les éditions précédentes, a cru devoir la modifier.

[2] La Haye, 11 juill. 1823. J. de Br., 1826, p. 391, 2e, Dalloz, t. 15, p. 258.

Les mots effets mobiliers, de l'art. 554 du code de comm ne comprennent pas les rentes et obligations; Br., 28 juin 1828 J. de Br., 18 28, 2e p. 48.

taire seulement. On n'a point accordé la même faveur aux libéralités. Ce titre est souvent suspect par la possibilité que le mari donne manuellement à un tiers, qui ferait ensuite une donation à la femme.

Les avantages assurés à la femme par son mari commerçant ne peuvent être réclamés par elle, quand même ils seraient réciproques; à la différence de la femme mariée à un non commerçant, qui, lors même que son mari décéderait insolvable, jouirait de tous les avantages que lui assurerait son contrat, avec hypothèque légale, à compter de la célébration du mariage. Le seul équivalent que la femme du commerçant reçoive dans ce cas, consiste en ce que les créanciers du mari ne peuvent rien réclamer dans les avantages qu'elle a faits à ce dernier.

S'il s'agit, pour la femme, de répéter, soit les deniers ou effets mobiliers qu'elle justifie, par actes authentiques, avoir apportés en dot, car une simple déclaration d'apport insérée au contrat de mariage ne suffirait pas [1], soit le remploi de ses biens aliénés pendant le mariage, soit l'indemnité des dettes par elles contractées avec son mari, soit des sommes qu'elle justifie avoir employées au paiement des dettes de celui-ci, elle n'a d'hypothèque que sur les immeubles qui appartenaient au mari à l'époque du mariage; et sauf cette exception, elle n'est pas plus favorable que les simples chirographaires [2]. Les biens acquis postérieurement par le mari sont présumés l'avoir été avec l'argent des créanciers, et cette considération ne permet pas que la femme ait préférence sur eux.

C'est surtout en cela qu'il existe une grande différence entre les droits de la femme d'un commerçant failli, et ceux de la femme d'un non commerçant; l'hypothèque légale de cette dernière, pour les répétitions de ce genre, frappe, tant les biens appartenant au mari à l'époque du mariage, que ceux acquis postérieurement. Du reste le rang de l'hypothèque légale de la femme d'un failli, relativement aux droits qui ne lui sont pas enlevés, n'est pas moins avantageux que celui de l'hypothèque de toute autre femme; et même il n'est pas nécessaire, pour les exercer, qu'elle ait fait prononcer sa séparation de biens.

Tout ce qui vient d'être dit s'applique aussi à la femme dont le mari n'était pas commerçant, mais fils de commerçant, sans profession déterminée à l'époque du mariage, si par la suite il entreprend le commerce; ou à celle dont le mari, sans profession déterminée lors du mariage, n'étant pas même fils de commerçant, entreprendrait le commerce dans l'année de son mariage.

1224. Les créanciers particuliers de la femme, ou ceux qui, étant créanciers du mari, ont aussi la femme pour obligée, peuvent exercer ses droits, lors même que celle-ci n'aurait pas provoqué sa séparation de biens et ne voudrait pas agir elle-même [3]; et si, pour faciliter à son mari des moyens de faire un concordat avec ses créanciers, elle abandonnait ses droits, ces mêmes créanciers pourraient attaquer cet acte par les voies légales, sans qu'on pût leur opposer qu'ils ne se sont point pourvus contre le concordat qui contenait cet abandon, dans les délais accordés aux créanciers d'un failli pour attaquer le concordat, suivant les principes qui seront expliqués n[os] 1239 et suiv. [4].

Il est donc extrêmement important de ne pas confondre les notions, en considérant comme commerçante la femme d'un commerçant. La différence est sensible. Si la femme est commerçante et en faillite en même temps que son mari, ses créanciers particuliers ne peuvent plus exercer les droits qu'elle aurait contre ce dernier, puisqu'elle est débitrice de tous les engagements du commerce commun. Si elle n'est pas commerçante, elle est créancière de son mari, et ses créanciers personnels peuvent exercer ses droits, conformément à ce qui a été dit n° 190. On peut dire, en général, par suite des principes expliqués n° 63, que lorsque le mari fait le commerce, la femme n'est pas commerçante.

1225. Il ne faut pas perdre de vue que ces restrictions aux droits des femmes ne sont établies qu'en faveur des créanciers; que, ni le mari, ni ses héritiers ne pourraient les invoquer; et qu'enfin elles ne s'appliquent qu'aux faillites. Si un commerçant avait joui de tout son crédit jusqu'à son décès, les créanciers, quelle que fût l'insolvabilité de sa succession, ne pourraient s'opposer à ce que la femme exerçât tous les

1 Cass., 21 fév. 1827. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 336.

2 Br., 11 mars 1831. J. du 19e s., 1831, 3e, p. 31. J. de Br., 1831, 1e, p. 84. Dalloz, t. 15, p. 249.

3 Cass., 14 janv. 1817. Dalloz, t. 17, p. 177. Sirey, t. 17, 1e, p. 146.

4 Cass., 19 janv. 1820. Dalloz, t. 15, p. 201.

droits qu'elle peut prétendre d'après la législation civile; car nous avons vu, n° 1108, que, dans ce cas, il n'y aurait pas de faillite.

ART. II. *Des Droits du mari dont la femme commerçante est en faillite.*

1226. Lorsque la femme seule est commerçante, elle seule aussi peut être déclarée en faillite. Mais la position de son mari est alors déterminée par le régime sous lequel ils se sont unis.

S'il y a communauté, le mari est, comme on l'a vu n° 67, associé de sa femme; et ce que nous avons dit sur les sociétés et sur la faillite des associés, prouve qu'il est tenu indistinctement de toutes les dettes. S'il n'y a pas communauté, il en est de même : la femme ne gagnait que pour le mari. S'il y a séparation de biens, la femme, sans doute, est seule obligée; mais on devra alors faire un examen attentif de ses livres, pour connaître si ses gains, ou si quelques portions de son actif, n'ont pas profité à son mari au-delà de la proportion fixée par le contrat de mariage, ou du tiers qu'elle doit verser, à défaut de stipulation, pour subvenir aux charges du ménage; et les tribunaux devront être extrêmement en garde contre les abus de confiance ou détournements que le mari pourrait commettre au préjudice des créanciers.

CHAPITRE VII.

Des Actions révocatoires d'actes faits en fraude des créanciers.

1227. Les syndics provisoires doivent considérer comme une de leurs principales et de leurs plus importantes attributions, de poursuivre l'annulation ou la révocation des actes faits en fraude des créanciers.

L'exercice de ces actions n'empêcherait point aussi d'autres moyens de rescision, tels que ceux que fourniraient le dol, l'erreur, la violence, etc., dans les cas où ils peuvent être iuvoqués, conformément aux principes expliqués n°s 158, 176 et suiv., puisqu'alors le failli lui-même serait admis à les faire valoir s'il avait l'administration de ses biens; et, dans ces derniers cas, les jugements d'annulation que la masse pourrait obtenir profiteraient au failli, à qui un concordat rendrait l'administration de ses biens. Mais, par la même raison, si la masse succombait dans les exceptions qu'elle ferait valoir au nom du failli, ce dernier ne pourrait faire juger de nouveau ce qui aurait été définitivement décidé avec elle.

Lorsque ces actes ont eu pour objet de créer des obligations à la charge de la faillite, les syndics usent de leurs droits, en contestant les prétentions des créanciers à mesure qu'ils se présentent à la vérification. Mais souvent ces actes ont diminué l'actif par des aliénations, cessions, abdications de droits : ceux qui en ont profité ne viennent rien demander; il leur suffit qu'on les laisse paisibles : une action principale est donc nécessaire, et c'est un devoir pour les syndics de l'intenter. En cas de silence de leur part, des créanciers pourraient les mettre en demeure d'agir, et si le refus de ces syndics était jugé non fondé ou collusoire, provoquer leur remplacement; mais ces créanciers isolés ne seraient pas recevables à agir directement sans requérir l'intervention des syndics contre ceux dont ils voudraient attaquer les actes [1].

Nous avons déjà fait connaître, n°s 1131 et suiv., les présomptions légales en vertu desquelles certains actes étaient frappés de nullité. Il ne s'ensuit pas que tous autres actes soient valables de plein droit. Le principe que ce qui est reconnu fait en fraude des créanciers doit être annulé, subsiste dans toute sa force [2], et doit être appliqué non-seulement par les tribunaux de commerce, dans les matières de leur compétence, ou par les tribunaux civils, dans les autres cas, mais même par les cours d'assises saisies d'une plainte en banqueroute frauduleuse fondée sur des actes qu'on prétendrait simulés; parce que l'attribution de ces cours consiste alors à juger l'acte dont la confection constitue le délit.

Nous allons essayer d'offrir quelques notions qui pourront servir de guide dans une matière où les circonstances peuvent singulièrement modifier les raisons de décider. Nous ferons seulement remarquer qu'on ne

[1] Rejet, 9 avril 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 188.

[2] Rejet, 3 fév. 1829.

peut, dans ce cas, opposer aux créanciers le principe indiqué n° 1178, que la masse n'a que les droits du failli. Ce principe n'est applicable que dans le cas où la masse, n'invoquant aucune présomption de fraude ou aucune loi spéciale pour les créanciers, exerce seulement les droits du failli. Mais lorsque les créanciers, agissant en leur nom propre, prétendent que certains actes sont nuls ou frauduleux, ils ne représentent point le failli; et, dans leur intérêt, peuvent user de moyens que celui-ci ne pourrait invoquer.

1228. Les créanciers ne sont pas appelés par le débiteur à concourir à des actes dont le résultat serait d'anéantir leurs droits en dissipant sa fortune. Plus ils ont d'intérêt à empêcher ces actes, parce qu'il doit en résulter une lésion pour eux, plus aussi le débiteur qui cherche à les tromper, et les complices de ce débiteur qui ont voulu, soit s'enrichir par des acquisitions déguisées ou faites à vil prix, soit l'aider dans la soustraction de son actif, etc., prendront des précautions pour couvrir leur fraude d'une apparence de bonne foi.

La fraude consiste rarement dans un acte particulier; elle est une série de combinaisons perfides: variée comme les intérêts, les ressources, le génie de ceux qui la commettent, elle arrive à son but à pas lents et mesurés, et, dans sa marche timide et circonspecte, elle ne se développe que par degrés. Il est donc juste que les magistrats se contentent d'indices, de présomptions, dont l'appréciation est nécessairement laissée à leur conscience; parce qu'on n'appelle pas de témoins pour commettre une fraude, et qu'au contraire, on cherche à la dérober à tous les yeux. La position des parties, avant et après les actes attaqués, le caractère des conventions et la qualité des personnes qui les ont contractées, les lieux où les actes ont été passés, leur nombre et le temps dans lequel ils ont été faits, sont autant de circonstances qui rendent la fraude plus ou moins vraisemblable.

1229. Il est surtout une règle d'une grande importance à considérer : il faut savoir si l'acte attaqué est intéressé de part et d'autre, c'est-à-dire, s'il annonce qu'un équivalent a été donné par celui qui le fait valoir, ou si cet acte lui procure un avantage purement gratuit. Dans ce dernier cas, la seule considération que les créanciers perdent par le fait du failli, pourrait être un motif suffisant pour enlever à celui qui a profité une faveur qui l'enrichit : telle serait une renonciation à quelque usufruit, un abandon anticipé de biens grevés de restitution, la renonciation à invoquer une libération fondée sur la prescription.

Si l'acte annonce, au contraire, qu'un équivalent a été reçu par le failli, cet acte n'est susceptible d'être annulé, sur la demande des créanciers, que s'il paraît aux juges porter des caractères de fraude, tant de la part du failli, que de la part de celui qui a traité avec lui, et surtout en prouvant qu'il a nui aux créanciers. Si donc on justifie seulement une intention de fraude de la part du failli, et que la bonne foi de ceux avec qui il a traité soit reconnue, il en résulte bien contre le débiteur une présomption de banqueroute frauduleuse, mais l'acte sera valable dans l'intérêt de l'autre contractant. Il en serait autrement si les circonstances se réunissaient pour démontrer la mauvaise foi de celui qui a contracté avec le failli. Ainsi, quoique le créancier d'une somme échue peu de jours avant l'ouverture de la faillite, puisse recevoir son paiement sans craindre l'application des règles expliquées, n°s 1139 et suiv., s'il s'est fait donner des marchandises en paiement, et les a enlevées en secret, la nuit, plutôt avec les précautions d'un homme qui prend la chose d'autrui, qu'avec la publicité qui convient à celui qui ne fait rien que de légitime ; si plusieurs autres circonstances semblables tendent à établir que, lorsque ce créancier recevait ainsi des marchandises en paiement, il savait que son débiteur ne payait pas ses autres dettes, qu'il allait déclarer sa faillite; encore bien que chacune de ces circonstances, prise séparément, ne forme qu'une présomption insuffisante, leur réunion peut paraître au tribunal assez concluante pour annuler le paiement comme fait en fraude des créanciers.

S'il s'agissait d'un jugement lors duquel le failli ne se serait pas défendu, ou se serait mal défendu, la seule considération du tort qui en résulterait pour les créanciers ne suffirait pas pour le faire considérer comme non avenu ; ils n'auraient même pas la ressource d'une tierce-opposition, puisqu'ils n'étaient pas du nombre des personnes qui auraient dû être appelées. La foi publique exige ce respect pour la chose jugée [1].

[1] Rejet, 15 fév. 1808.

Les tribunaux doivent se rappeler aussi que la seule crainte de la fraude ne doit pas être une occasion d'injustes attaques, parce que, s'il est interdit à un créancier de rendre son sort meilleur que celui des autres par des moyens frauduleux, ce n'est pas un tort que d'être plus vigilant, plus prudent, plus défiant même que les autres créanciers. Ainsi, quoique la proximité de parenté entre l'acheteur et le vendeur puisse donner lieu à des soupçons de collusion, cette circonstance unique ne suffirait pas pour annuler la vente d'un immeuble que le failli aurait faite à son frère, quand même cet immeuble serait le seul qu'il possédât. Mais, à l'inverse, une vente de marchandises que le failli aurait faite secrètement, hors de son domicile, même à une personne envers qui il serait antérieurement débiteur de sommes non échues, si cette personne n'avait aucun besoin, pour son commerce ou ses affaires, des marchandises que lui vend son débiteur, offrirait de légitimes soupçons de fraude. Une vente à une personne qui fait commerce des objets achetés, et qui, n'ayant point la qualité de créancier, ne pourrait être présumée avoir voulu se faire payer par anticipation, présenterait moins de matière aux soupçons; elle pourrait cependant être annulée, si d'autres circonstances portaient à croire qu'elle n'est pas sincère : tel serait le cas où l'acheteur ne serait pas livré, ou du moins n'aurait encore ni facture, ni lettre de voiture. Il en serait de même d'une subrogation à un droit d'hypothèque, consentie sans motifs légitimes [1]. A plus forte raison, s'il s'agissait d'une créance dont la propriété n'est transférée que par la signification du transport, ou par l'acceptation du débiteur cédé [2]. Suivant les règles données n° 313, la vente, même avec date certaine, faite de bonne foi, et dans un temps utile, n'en serait pas moins privée de tout son effet [3].

Il y a des conventions qui ne sont que des nantissements déguisés sous d'autres noms [4]; telles sont certaines ventes avec faculté de rachat, lorsque l'acheteur était déjà créancier du vendeur, et que, loin d'enlever les objets, ou de les appliquer à son usage, il les reloue au vendeur; les circonstances, et surtout le défaut de date certaine, exigée pour les nantissements, comme on l'a vu n° 1203, serviraient à en démontrer la fraude. Il faudrait aussi mettre au rang des actes faits en fraude des créanciers ceux d'un commanditaire qui, au mépris des règles que nous avons indiquées n° 1030, ferait, dans son intérêt, quelques opérations qui lui sont formellement interdites par sa qualité.

1230. Les créanciers sont toujours admissibles à attaquer ainsi les actes de leur débiteur, encore que celui-ci n'y fût pas recevable. La fin de non-recevoir qui militerait contre lui, proviendrait de ce que nul n'est admis à invoquer la violation qu'il a faite de la loi, pour se dispenser d'exécuter l'acte qu'il a souscrit [5]; et l'on sent, d'après ce qui a été dit n° 1227, que cette exception ne saurait être opposée à la masse de ses créanciers.

Du reste, comme on l'a vu n° 1225, ces nullités ne sont prononcées que dans l'intérêt des créanciers du failli, qui seuls ont droit de les provoquer, sans qu'elles puissent jamais être demandées par lui, ni par ceux qui ont traité avec lui dans l'acte attaqué. Il s'ensuit que, si l'événement des actes révocatoires produisait un reliquat tel que tous les créanciers fussent satisfaits, et qu'il y eût de l'excédant pour le failli, celui-ci n'en pourrait profiter.

1231. Lorsque la fraude est prouvée, quelle que soit la date de l'acte, il doit être annulé. Ce n'est plus ici le cas d'une présomption fondée sur la seule proximité de la faillite. Néanmoins, cette annulation n'a lieu que sauf le droit des tiers étrangers à la fraude. Ainsi, le failli a souscrit une lettre de change en fraude de ses créanciers; celui au profit de qui il l'a tirée l'a endossée au profit d'un tiers : si la fraude est prouvée à l'égard de l'endosseur, sans l'être à l'égard du porteur, ce dernier figurera dans la faillite, et viendra par contribution; mais le premier sera tenu d'indemniser la masse des créanciers de ce qui sera payé au porteur pour son dividende.

---

[1] Rejet, 17 avril 1827. J. du 19e s., 1828, 1e, p. 94.
[2] Rejet, 2 mars 1814.
[3] Rejet, 7 janv. 1814.
[4] Rejet, 15 juin 1829.
[5] Cass., 8 juill. 1817.

CHPITRE VIII.

Du Concordat.

1232. Les créanciers d'un failli ont intérêt à faire un arrangement quelconque, plutôt que d'éprouver les lenteurs et les embarras d'une union qui finit presque toujours par consumer la fortune du débiteur. Mais comme rarement tous sont d'accord, et qu'il est naturel de présumer que le plus grand nombre prendra les arrangements les plus convenables à l'intérêt commun, on a cru devoir faire céder la volonté de la minorité à celle de la majorité; et les créanciers présents ont été admis à décider pour les absents.

Mais cette minorité, ces absents, doivent au moins avoir l'assurance que de mûres réflexions ont dirigé ceux dont le vœu doit leur imposer la loi. Tel est l'objet des règles prescrites pour la validité du concordat.

Dans une première section, nous allons parler de l'assemblée des créanciers, nécessaire pour le conclure; dans la seconde, nous verrons comment il doit être délibéré; la troisième traitera des oppositions dont il est susceptible; la quatrième, de son homologation; la cinquième des suites et des effets de cette homologation.

SECTION PREMIÈRE.

De l'Assemblée des créanciers.

1233. Dans les trois jours qui suivent l'expiration des délais prescrits pour l'affirmation des créanciers qui se sont faits connaître à la vérification, et sans qu'il soit nécessaire d'attendre l'expiration du nouveau délai que nous avons vu, n° 1188, être accordé aux créanciers constitués en demeure, les syndics provisoires convoquent, par lettres, affiches et insertion aux journaux, ceux dont les créances ont été admises, à comparaître en personne ou par fondés de pouvoirs. Les lieu, jour et heure de cette assemblée sont indiqués par le juge-commissaire, qui peut, suivant les circonstances, par exemple, s'il existait quelque prévention de banqueroute contre le failli, dont il est probable qu'il se justifiera, différer le jour jusqu'à ce que l'instruction ait fait connaître si le débiteur n'est pas victime de quelques fausses apparences ou de la calomnie.

Il ne doit, au reste, autoriser la convocation qu'autant qu'il s'est assuré que tout ce qui est prescrit sur la formation du bilan, l'inventaire, l'affirmation et la vérification des créances, a été exécuté régulièrement.

L'assemblée se forme sous sa présidence. On n'admet personne qui n'ait fait préalablement vérifier, et n'ait affirmé sa créance. Ainsi, ceux à qui l'on aurait contesté leur qualité de créanciers lors de la vérification, et dont les droits ne seraient pas encore jugés, ne peuvent se présenter; mais il n'en serait pas de même, si, tout en reconnaissant cette qualité, on ne contestait que la quotité de leurs créances. Ils peuvent, s'ils le requièrent, se faire considérer provisoirement comme créanciers de la somme que les syndics conviennent leur être due, et assister, en cette qualité, aux assemblées pour le concordat. On se déciderait ici par analogie de ce qui a lieu en matière de reddition de comptes.

Nous avons vu, n°s 1210 et suiv., qu'un créancier pouvait avoir pour codébiteurs ou cautions du failli des personnes non faillies. Elles ne peuvent sans doute figurer au concordat, si le créancier s'y présente, ou si, en faisant vérifier sa créance, il a acquis le droit de s'y présenter. Mais il semblerait juste, qu'en offrant au créancier caution de le payer à l'échéance conventionnelle de la dette, elles pussent s'opposer à ce qu'il consentît des remises sans leur aveu, puisqu'on verra, n° 1247, que le résultat de ces remises tournera à leur préjudice, le créancier conservant le droit de les poursuivre pour le reste de ce qui lui sera dû.

Le failli, lorsqu'il a obtenu un sauf-conduit, est appelé à cette assemblée; il ne peut se dispenser d'y paraître en personne, que pour des motifs jugés valables par le juge-commissaire. Faute par lui de se présenter, ou, quand il est excusé, d'envoyer un fondé de pouvoirs, il est constitué en prévention de banqueroute; et un concordat ne peut avoir lieu. Du reste, il a la faculté de se faire assister d'un conseil.

Le juge-commissaire vérifie les pouvoirs. Les syndics rendent, en sa présence, compte à l'assemblée de ce qui a été fait jusqu'à ce moment, et de l'état de la faillite.

Lorsque, dans l'exposé ou dans les observations faites par quelque créancier, le

juge-commissaire découvre que certaines opérations ont été omises ou sont irrégulières, il doit ordonner qu'on y procède ou qu'on les recommence, et ajourner l'assemblée jusque là, sans permettre de passer outre.

1234. Le failli, ou son fondé de pouvoirs suffisamment autorisé, peut proposer un concordat. On procède alors comme il sera dit dans la section suivante.

Mais si l'assemblée, après avoir attendu le temps que le juge-commissaire croit convenable de fixer, n'est pas assez nombreuse pour offrir le nombre de votants capable de former la majorité d'intérêts et de voix que nous verrons être requise pour arrêter un concordat, ou si le failli ne se présente ni en personne ni par un fondé de pouvoirs, on forme un contrat d'union, de la manière que nous indiquerons dans le chapitre suivant.

Le juge-commissaire dresse procès-verbal de tout ce qui se passe dans cette assemblée, sans que l'intervention d'un notaire soit requise pour ceux qui ne savent ou ne peuvent signer. Mais, quelque résolution qu'il contienne, cet acte n'est qu'authentique, et non exécutoire; on a vu, n° 242, en quoi consistait la différence.

SECTON II.

Comment doit être délibéré et arrêté le concordat.

1235. Dans la règle, le concordat devrait être l'ouvrage de tous les créanciers; mais les considérations que nous avons indiquées, n° 1232, ont dicté certaines précautions dont quelques-unes ont pour but d'éloigner de la délibération ceux de ces créanciers qui n'ont pas un intérêt assez direct à balancer, avec impartialité, les propositions du failli. Ainsi, le droit de délibérer est refusé aux créanciers hypothécaires utilement inscrits. Comme ils trouvent dans leurs hypothèques la sûreté de leurs créances, ils pourraient voter, sans risque pour eux-mêmes, des remises considérables qui ne seraient supportées que par les seuls créanciers chirographaires.

Mais il peut arriver souvent que des créanciers hypothécaires, craignant de n'avoir qu'une sûreté incertaine ou incomplète, soit parce que les frais d'expropriation et d'ordre diminueront considérablement le prix des immeubles, ou l'absorberont, soit parce qu'une autre créance plus ancienne, ou quelques priviléges, pourront les primer, désirent être admis dans la délibération avec les chirographaires.

La chance d'une diminution par les frais qui peuvent avoir lieu, ne nous semble pas devoir être prise en considération; elle a pu être prévue. La position du créancier qui prouverait, par une estimation ou par tous autres moyens admis dans le droit civil, l'insuffisance des biens hypothéqués, pour que sa créance soit colloquée en ordre utile, serait plus favorable; le juge-commissaire, ou, s'il croit devoir en référer, le tribunal de commerce déciderait pour quelle somme ce créancier sera admis.

La même exclusion ainsi que les mêmes modifications s'appliquent au créancier nanti d'un gage, l'analogie porterait même à les étendre aux créanciers privilégiés, puisque, d'un côté, sûrs d'être payés avant les autres, ils sont présumés pouvoir plus facilement accorder des sacrifices qui ne pèseront pas sur eux, et que, de l'autre, ils ne sont pas tenus de se soumettre aux remises que votera la majorité [1].

Dans l'un et l'autre cas, au surplus, le créancier qui renoncerait à son hypothèque, ou à son gage, ou à son privilége, devenant de plein droit chirographaire, aucun motif ne pourrait s'opposer à ce qu'il prît part à la délibération [2].

Le droit de délibérer appartient, du reste, aux chirographaires, sans distinction; et, sous ce nom, sont compris non-seulement les créanciers porteurs d'un titre non authentique, mais encore tous ceux qui, tout en ayant un titre authentique, ne sont pas hypothécaires, soit parce qu'une hypothèque ne leur a été ni accordée ni consentie, soit parce que celle que le titre de leur créance accordait n'a pas été valablement inscrite. Les seuls créanciers qui soient légalement considérés comme hypothécaires, sont les créanciers inscrits, et qui viennent en ordre utile; tous les autres, même ceux au profit desquels une hypothèque aurait été

[1] Br., cass., 17 mars 1824 J. de Br., 1824, 1e, p. 161. Dalloz, t. 15, p. 143.

[2] Boulay-Paty, n. 255.

consentie, sont chirographaires. L'inscription étant, comme on l'a vu n° 1136, une formalité nécessaire pour rendre efficace l'hypothèque qui n'en est pas dispensée spécialement, ces créanciers ne forment pas une classe particulière, préférée à ceux qui n'ont que des titres non hypothécaires : ils doivent être confondus avec ces derniers, et ne participer aux distributions qu'au prorata de leurs créances.

La parenté avec le failli, quelque proche qu'elle soit, n'est point une raison qui exclue du droit de délibérer et d'être compté dans le nombre de voix nécessaire. La justice est rassurée par la vérification de la créance.

Aucune circonstance ne pourrait faire admettre un créancier dont le titre n'aurait pas été vérifié, quand même il y aurait instance pendante sur ce point devant les tribunaux, entre les syndics et ce créancier, sauf à lui à obtenir du tribunal un jugement qui l'autorise, par provision, à figurer parmi les créanciers jusqu'à concurrence de la somme qui serait determinée suivant les circonstances.

Il pourrait arriver qu'une personne eût acquis les droits de plusieurs créanciers, soit avant, soit depuis l'ouverture de la faillite ; ce cessionnaire, quel que soit le nombre de ceux dont il exerce les droits, ne peut compter que pour une voix, lorsqu'il s'agit de former la majorité en nombre.

1236. Le concordat ayant été considéré comme une faveur accordée au failli de bonne foi, il n'a pas paru convenable, quoique cependant les créanciers puissent en être quelquefois victimes eux-mêmes, d'admettre à cette faveur le failli que l'examen de ses livres et papiers frapperait de quelque présomption de banqueroute ; c'est au juge-commissaire à veiller à ce qu'un concordat n'ait pas lieu dans ces circonstances. Il n'en faut pas conclure que sa seule volonté puisse s'y opposer : si les créanciers étaient persuadés que le juge-commissaire est dans l'erreur, il faudrait en référer au tribunal.

Mais la seule existence d'une plainte sur laquelle le ministère public n'aurait pas cru devoir poursuivre, ne suffirait pas pour empêcher le concordat [1] : à plus forte raison, si la plainte ayant été suivie, la cour d'assises ou le tribunal correctionnel avait acquitté le failli, cette décision, qui serait réputée chose jugée entre tous les créanciers, ne pourrait plus être un obstacle à ce que le concordat eût lieu.

1237. Le concordat n'est valablement consenti que par la majorité des créanciers présents, pourvu que les sommes dues aux personnes qui forment cette majorité égalent les trois quarts de tout le passif vérifié, sans en déduire même les sommes dues aux créanciers qui ne peuvent pas figurer au concordat, par les motifs qui viennent d'être expliqués [2].

Cet acte doit être signé séance tenante ; ce qui ne suppose pas toutefois qu'il ne puisse y avoir qu'une seule séance, la lecture des pièces, l'exposé des propositions, leur discussion, pouvant exiger plusieurs jours. Mais ces opérations doivent avoir lieu dans une réunion des créanciers, et le concordat doit être signé dans la séance même où il a été arrêté, sans pouvoir être revêtu de signatures obtenues isolément. Si, néanmoins, le nombre requis avait signé séance tenante, l'adhésion isolée et postérieure de quelques autres créanciers ne serait pas un vice dans le concordat.

Lorsque, dans la première séance où l'on va aux voix sur l'ensemble et l'adoption du concordat, il y a majorité en nombre pour le consentir ; mais que cette majorité ne forme pas les trois quarts en sommes des créances, la délibération est remise à huitaine pour tout délai. Le juge-commissaire, en prononçant cette remise, invite les créanciers qui étaient présents à cette délibération à se rendre à la nouvelle assemblée. Les questions qui avaient été agitées sont de nouveau remises en délibération [3], et si cette fois la double majorité requise ne peut avoir lieu, on procède conformément à ce que nous dirons n° 1252.

Si, toutefois, quelque événement de force majeure empêchait cette réunion ; par exemple, si un créancier rendait plainte contre le failli, et qu'une détention ou une instruction la suivit, le juge-commissaire pourrait, dans sa prudence, indiquer un jour plus

[1] Rejet, 10 avril 1810.—Rejet, 19 juin 1821. Dalloz, t. 15, p. 165.

[2] Cass., 26 janv 1809. Dalloz, t. 15, p 151.

[3] L'auteur a rectifie l'opinion qu'il avait émise dans les précédentes éditions.

éloigné qu'annonceraient de nouvelles invitations, afin que, dans le cas où la plainte serait jugée mal fondée, on pût reprendre les opérations du concordat.

Le juge-commissaire est chargé de veiller à ce qu'il ne soit point fait de concordat sans observer toutes ces règles.

Aucune formalité particulière n'est requise, quand des mineurs ou des interdits sont intéressés. Quoiqu'à la rigueur on puisse considérer un concordat comme une transaction, les formes dont il est entouré, et l'intervention de la justice, dispensent le tuteur de recourir à une assemblée de famille et à une autorisation spéciale [1].

1238. Il arrive assez souvent que des créanciers, dont la voix est nécessaire pour que le concordat ait lieu, vendent en quelque sorte leur consentement au débiteur, en se faisant souscrire des billets ou autres engagements qui deviennent un supplément du dividende que doit leur assurer le concordat. Les tribunaux qui acquerraient la preuve qu'un engagement de cette sorte, antérieur au concordat, a eu la cause qui vient d'être indiquée, pourraient dénier l'action au prétendu créancier, conformément aux principes expliqués n° 177 ; surtout si cette demande était contestée par des tiers dont les droits seraient lésés par l'exercice de ceux de ce prétendu créancier [2]. Mais la ruse des créanciers qui agissent ainsi déjoue presque toujours la prudence des juges; et d'ailleurs, d'après les principes expliqués n° 178, le souscripteur de l'obligation ne serait pas admis à prouver qu'elle a eu pour cause véritable l'adhésion du créancier à un concordat [3]; cette exception ne pourrait appartenir qu'aux tiers.

Il ne faudrait pas, toutefois, que la crainte de l'abus mît obstacle à des opérations licites. Ainsi, celui qui, ayant droit de se présenter dans plusieurs masses, ou d'agir contre plusieurs obligés, signerait le concordat de l'un, et moyennant la cession qu'il ferait à ce failli de ses droits contre les autres, obtiendrait de lui des engagements particuliers indépendants de ce qui lui est attribué par le concordat, ne ferait rien qui pût être réputé frauduleux.

SECTION III.

Des Oppositions au concordat.

1239. S'il est vrai que, dans la matière qui nous occupe, le vœu de la majorité lie la minorité ou les absents, cela ne doit s'entendre qu'autant que l'autorité de la justice a suppléé au défaut de consentement de ces derniers. De là est venue la nécessité de l'homologation, qui fera l'objet de la section suivante.

Il était juste, par conséquent, de laisser aux intéressés le droit d'éclairer le tribunal sur les vices que pourrait offrir le concordat. Tel est le but des oppositions.

Le droit d'en former appartient à tout créancier, pourvu qu'il soit vérifié, même à ceux qui auraient signé le concordat, parce qu'ils sont présumés n'avoir voulu consentir qu'un acte régulier, et que, d'ailleurs, ils n'avaient dans l'assemblée aucun moyen de contraindre le juge-commissaire à ne pas s'écarter des formes prescrites. A plus forte raison, ce droit appartient au créancier qui a refusé d'y accéder, ou même qui n'a pas assisté aux délibérations; mais, comme nous l'avons dit, il est nécessaire que sa créance ait été vérifiée et admise; autrement il n'est pas réputé créancier aux yeux des tribunaux, et ne saurait être admis à critiquer un acte auquel il n'aurait pas eu droit de concourir [4].

Il ne faut pas, néanmoins, qu'une précaution sage en elle-même devienne une source d'abus. Des syndics, ou même des créanciers, amis de la chicane, pourraient avoir élevé des incidents contre la vérification d'un créancier, dont la litispendance aurait été prolongée jusqu'au temps du concordat, sans même que le créancier contesté eût pu user de la ressource que nous avons indiquée n° 1235. Il nous semble que ce créancier, qui formerait opposition dans la huitaine, et qui parviendrait à obtenir la vérification et l'admission de sa créance avant le jour du jugement de cette opposition, ne pourrait être déclaré non recevable sous prétexte qu'il n'était pas vérifié et admis au moment où le concordat a eu lieu. Le jugement qui le déclare créancier constate qu'il l'était dès le jour de sa demande.

[1] Boulay-Paty, n. 257 Dalloz, t. 15, p. 146.

[2] Rejet, 30 mars 1830. Dalloz, t. 15, p. 145, n. 18. J du 19e s, 1830, 1a, p. 122 Boulay-Paty, n. 296

[3] Rejet, 12 avril 1821. Dalloz, t. 15, p. 101

[4] Rejet, 19 juin 1821 Dalloz, t. 15, p. 155

et que les contestations de ses adversaires n'étaient pas fondées; les principes généraux du droit qui considèrent comme accomplie la condition dont l'adversaire a empêché l'accomplissement, et qui font rétroagir l'événement des conditions, nous paraîtraient favorables à l'admission de l'opposition de ce créancier.

Nous sommes portés à croire aussi que celui qui s'est rendu caution de l'obligation du failli envers un créancier dont la créance a été admise, a le droit de former opposition, comme exerçant les droits de ce créancier.

1240. Les créanciers sont tenus de faire signifier leurs oppositions aux syndics et au failli, dans la huitaine du jour où le concordat a été signé. Ce délai n'est point prorogé en raison des distances : chaque créancier, averti depuis long-temps, a pu charger un fondé de pouvoirs, ou se tenir prêt. Il n'est point également nécessaire de mettre chaque créancier en demeure par des significations individuelles; et l'on n'accorde aucune faveur à ceux qui n'auraient pas été présents à l'assemblée, par des motifs qui, dans d'autres circonstances, seraient considérés comme excuses valables. Ce délai de huitaine est de rigueur. La déchéance serait appliquée même aux mineurs : le privilége de l'âge ne les en exempterait pas; sauf, dans tous les cas, leur recours contre qui de droit.

Cette voie d'opposition est indispensable pour empêcher l'homologation du concordat. Quelles que soient les irrégularités qu'on fasse valoir, une protestation, quand même elle aurait été faite dans l'assemblée, une plainte en banqueroute, quoique rendue antérieurement au concordat, ne peuvent la suppléer [1]. Ainsi, un créancier qui n'aurait pas formé opposition, ne pourrait rétracter sa signature, en se fondant sur ce qu'un autre est opposant, ni intervenir dans la contestation, ni même suivre une plainte en banqueroute qu'il aurait formée antérieurement; dès qu'il n'a pas fait opposition dans la huitaine qui suit le jour de la clôture du concordat, il est non recevable [2].

1241. L'opposition doit être motivée. Ce que nous avons dit sur les conditions requises pour qu'un concordat ait lieu, et sur ses formes, apprend aisément en quoi les moyens d'opposition peuvent consister.

Ainsi lorsque, par une incurie qui serait répréhensible, le juge-commissaire aura laissé délibérer le concordat avant que les opérations de vérification et d'affirmation de créances aient été terminées; lorsqu'il l'aura laissé délibérer à un nombre de voix moindre que celui qui est requis, ou que le projet de concordat aura été colporté; ou quand il aura toléré que la délibération soit prorogée au-delà de huitaine, hors les cas que nous avons prévus, ces vices du concordat seront autant de moyens d'opposition.

L'accomplissement postérieur des formalités qui ont dû précéder l'assemblée, la rectification des irrégularités qui ont accompagné sa formation, n'apporteraient aucun obstacle à l'emploi de ces moyens.

Par suite des mêmes principes, un créancier opposant pourrait alléguer, que les actes, livres et papiers du failli [illegible]ent des présomptions de fraude; et le tribunal qui, suivant ce que nous dirons n° 1243, ne doit pas homologuer le concordat dans de telles circonstances, pourrait, à plus forte raison, accueillir ce moyen d'opposition. Il en serait de même si un créancier prétendait qu'on a passé outre au concordat, nonobstant une déclaration de banqueroute simple ou frauduleuse, ou même une procédure relative à ce sujet, encore pendante.

Mais si la présomption de banqueroute existante lorsqu'on a signé le concordat, s'était dissipée par l'examen ou par le jugement de l'accusation, postérieurement à la signature de cet acte, l'opposition fondée sur ce qu'on aurait passé outre, nonobstant cet état de prévention, serait inadmissible : car toute décision de la justice qui déclare l'innocence d'un accusé, a un effet rétroactif; et la capacité n'en a pas moins existé, quoiqu'elle fût alors susceptible d'être contestée.

Les mêmes principes peuvent montrer dans quels cas la nullité fondée sur l'inobservation des règles relatives à la défense de faire concourir au concordat les créanciers hypothécaires, ou nantis d'un gage, peut être appliquée : il est évident que si, indépendamment de ces créanciers, il s'était trouvé un nombre suffisant de ceux qui ont droit de délibérer, cette irrégularité, n'ayant causé aucun tort, ne serait pas considérée.

1 Cass., 17 juin 1812. Dalloz, t. 15, p. 167.

2 Cass., 9 mars 1811. Dalloz, t. 15, p. 342

1242. Les contestations auxquelles les oppositions donnent lieu sont instruites contre les syndics et le failli, et jugées par le tribunal de commerce, lorsqu'elles sont fondées sur des actes ou opérations dont la connaissance lui est attribuée. Dans tous les autres cas, elles sont décidées par le tribunal civil du domicile du failli. Ces jugements sont, comme tous autres, susceptibles d'appel [1].

L'opposition admise ne fait pas toujours obstacle à ce qu'un nouveau concordat ait lieu. Ce ne serait que l'annulation, fondée sur ce que ce concordat aurait été fait dans des cas où la loi l'interdit, qui empêcherait de le recommencer. Mais si cette annulation n'a été prononcée que pour des vices de formes, pour défaut de conditions préalables, une distinction peut avoir été admise, encore qu'elle ne soit pas sans quelques inconvénients. Si tous les signataires du concordat, et ce cas doit être rare, attaquent cet acte, pour vices de formes, il peut être annulé à l'égard de tous; et rien toutefois ne s'oppose à ce qu'il soit recommencé. Mais si quelques créanciers seulement ont formé opposition, et si le silence des autres est devenu un acquiescement, la nullité n'est prononcée que dans l'intérêt des opposants; ceux qui n'ont point formé d'opposition dans la huitaine ne peuvent se soustraire à l'homologation; il n'est permis au tribunal de la refuser d'office que dans les cas que nous indiquerons n° 1243; et ils n'existent pas dans notre hypothèse [2].

Sans doute, si le failli ne parvient pas à se concilier avec le créancier dont l'opposition a été admise, et que les poursuites de ce dernier aient pour résultat d'empêcher l'exécution de ce qui a été convenu par le concordat, ceux que cet acte oblige en provoqueront la résolution de la manière prévue n° 239. Mais si le failli désintéresse l'opposant, et remplit ses engagements envers les autres créanciers, ces derniers ne peuvent exciper de la nullité prononcée.

On peut encore mettre au nombre des voies par lesquelles l'homologation du concordat peut être attaquée, l'allégation de fraude. Tout contrat, quel qu'en soit l'objet, est nul s'il est l'effet de la fraude, comme on l'a vu n° 152. Le créancier qui attaque par cette voie un concordat, lors même qu'il l'aurait signé, est recevable à en faire la preuve [3] dans les délais et les formes du droit commun. S'il obtient l'adjudication de sa demande, le concordat est sans effet à son égard, et il exerce ses droits, comme nous venons de le dire, en cas d'annulation, pour vice de forme.

SECTION IV.

De l'Homologation du Concordat.

1243. L'homologation est indispensable pour rendre le concordat obligatoire, même à l'égard de ceux qui l'ont signé. Le droit de la provoquer appartient au débiteur et à ses créanciers, représentés par les syndics; car ils sont intéressés à ce qu'un traité qu'ils ont sans doute combiné de la manière la plus avantageuse pour eux, dans les circonstances, reçoive son exécution.

La demande est portée au tribunal de commerce saisi de la faillite, quand même tous les créanciers ne seraient pas ses justiciables, parce que, dans ce cas, la qualité du failli détermine la compétence. Elle ne peut être formée qu'après l'expiration de la huitaine accordée pour faire les oppositions dont il a été parlé n° 1140.

S'il y a eu opposition signifiée, et qu'elle ait été rejetée, l'homologation doit être poursuivie dans la huitaine du jour que le jugement a été prononcé; et, peut-être, serait-il convenable que, par analogie de quelques autres cas fréquents dans la procédure, celui qui forme opposition en fît faire mention sur le registre à ce destiné, afin que le tribunal s'assurât, lorsque le jugement qui a statué sur les oppositions est par défaut, que le délai pour l'attaquer par opposition est expiré. Nous serions portés à en dire autant pour le cas d'appel. Toutefois, il ne paraît pas que le tribunal soit obligé d'attendre l'expiration des délais d'appel. Les droits de l'opposant qui, après avoir succombé en première instance, réussirait en

[1] Et ce dans les délais ordinaires peu importe que l'homologation dont parle l'art. 524, ait précédé l'appel. Br., 9 mars 1832 J. du 19e s., 1832, 3e, p. 239. Dalloz, t. 15, p. 176 et t. 2, p. 52

[2] Cass., 25 fév. 1817. Dalloz, t. 15, p. 182

[3] Rejet, 8 août 1827.—Rejet, 11 déc. 1827 J. du 19e s., 1829, 1e, p. 166.

appel, seraient suffisamment conservés par ce que nous avons dit dans la section précédente.

Le jugement d'homologation n'est point rendu sur des plaidoiries contradictoires; le failli ou les syndics qui le provoquent, n'assignent ni les créanciers non signataires, ni ceux qui ont accédé, ni même ceux qui auraient formé opposition. Le demandeur présente une simple requête. Le tribunal apprécie si le failli mérite ou non la grâce sollicitée; en conséquence, il peut examiner si les actes, livres, registres ou papiers, ne présentent pas des présomptions de banqueroute, ou s'il n'existe pas une procédure sur ce délit [1]; car le seul fait qu'une plainte a été rendue par un ou plusieurs créanciers, si cette plainte n'a pas été suivie, ne serait pas un motif de refus [2]. Du reste, quand même le failli aurait été absous, le tribunal a la faculté de refuser l'homologation. Il en est de même, si la conduite du failli présente des caractères d'imprudence, de dissipation, d'agiotage. Le tribunal doit aussi, d'après l'art. 74 de la loi du 28 avril 1816, refuser l'homologation d'un concordat qui n'énoncerait pas que les registres du failli sont timbrés et visés, jusqu'à ce que cette formalité soit remplie.

Mais l'intérêt public n'oblige pas le tribunal à suppléer d'autres moyens, par exemple, celui qu'on n'aurait pas fait précéder le concordat des opérations que nous avons vu, n° 1233, en être le préalable nécessaire. Toute violation d'une forme ou d'une garantie de l'intérêt privé, demeure sans effet, lorsque ceux en faveur de qui elle a été introduite ne réclament point. L'intérêt des absents ne l'exige même pas : tous les créanciers vérifiés avaient droit de paraître à l'assemblée; s'ils ne se sont point opposés, leur silence devient un acquiescement [3]. Peut-être y aurait-il plus de difficultés dans le cas où le concordat n'aurait pas été délibéré par la double majorité dont il a été parlé n° 1237. Néanmoins nous doutons qu'on pût y voir une nullité d'ordre public que ne couvrirait pas le silence des créanciers.

1244. Le refus d'homolgation anéantit les obligations réciproques que le concordat imposait, et remet les parties dans le même état qu'avant l'assemblée des créanciers. Ce refus constitue même de plein droit en prévention de banqueroute, le failli qui n'y serait pas encore; et il est renvoyé devant le procureur du roi, qui est tenu de poursuivre d'office. Néanmoins si, dans la suite, le failli était acquitté, le tribunal de commerce ne serait pas obligé, pour cela, d'homologuer le concordat; il exerce, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire, sauf au failli à user de la voie d'appel, comme nous le verrons plus bas.

Lorsque l'homologation est accordée, le tribunal déclare en même temps le failli excusable et susceptible d'être réhabilité.

1245. Le jugement d'homologation n'étant point rendu à la suite d'un débat judiciaire, ne peut pas être indistinctement attaqué par voie d'appel. Sans doute ceux qui ont demandé cette homologation, et ne l'ont pas obtenue, peuvent déférer le jugement à la cour royale, qui en apprécie les motifs, et n'a pas moins que le tribunal de commerce le droit de peser toutes les circonstances : mais les créanciers contre qui cette homologation rend le concordat exécutoire, ne pourraient se rendre appelants, sous prétexte qu'elle aurait été accordée indûment, et nonobstant quelques irrégularités, dès qu'ils n'ont formé aucune opposition dans un temps utile, ou que leurs moyens ont été rejetés. Ce serait une voie pour revenir contre le concordat après les délais. Ils ne peuvent donc point se pourvoir contre le jugement d'homologation, que s'ils le prétendent nul en sa forme, ou s'ils articulent que l'homologation a été prononcée avant qu'il ait été statué sur leurs oppositions, et au préjudice de la litispendance; encore l'appel ne nous semblerait pas la voie admissible dans cette circonstance, puisque le jugement attaqué n'aurait point été contradictoire avec eux. Ils ne pourraient que former une demande principale en nullité, ou s'y rendre tiers opposants, de la même manière que nous avons expliquée n° 1110, pour un cas qui présente quelque analogie avec celui-ci, sauf à interjeter appel du jugement qui rejetterait leur opposition.

Si leurs moyens sont rejetés, le concordat conserve sa force contre eux. S'ils sont admis, et que le concordat soit annulé,

[1] Cass., 18 nov. 1812.

[2] Rejet, 19 juin 1821. Dalloz, t. 18, p. 165.

[3] Cass., 17 fév. 1817. Dalloz, t. 15, p. 178, n. 9. Boulay-Paty n. 270.

cette annulation a les effets que nous avons indiqués n° 1242.

SECTION V.

Des suites de l'Homologation du Concordat.

1246. Un concordat peut avoir divers résultats. Quelquefois le débiteur abandonne tout ou partie de ses biens aux créanciers : c'est alors une cession volontaire sur laquelle nous donnerons des notions, dans le titre sixième. Le plus souvent, ce concordat restitue au failli la disposition de ses biens, sous des restrictions et avec des précautions plus ou moins grandes, et lui accorde, soit des délais pour se libérer, soit des remises.

L'effet de l'homologation est, dans ce dernier cas, de mettre fin au dessaisissement, et de donner au failli le droit de reprendre l'administration de ses biens, sans exception.

A cet effet, il doit signifier le jugement aux syndics qui, sur cette signification, sont tenus de lui rendre un compte définitif, sans être obligés d'observer un délai quelconque, pour laisser aux intéressés la faculté d'attaquer le jugement d'homologation.

Ce compte est débattu et arrêté en présence du juge-commissaire. S'il y a contestation, le tribunal de commerce prononce. Les syndics remettent également au failli les livres, papiers et autres effets dont il leur est donné décharge. Cet événement fait cesser les fonctions des syndics, ainsi que celles du juge-commissaire, qui dresse procès-verbal du tout.

Il pourrait toutefois arriver, d'après ce que nous avons dit n° 1245, que le jugement d'homologation, quoiqu'exécuté, fût rétracté ou annulé, dans l'intérêt de quelques créanciers, par suite d'un appel postérieur à l'exécution. Quelque tort qu'ils prétendissent leur avoir été causé par la réintégration du failli, les syndics n'en seraient point responsables, s'il n'y avait d'ailleurs aucune faute, ni aucun dol à leur reprocher.

Quelquefois une des conditions du concordat est que le failli ne reprendra la direction de ses affaires que sous la surveillance de commissaires pris parmi ses créanciers, qui, le plus souvent, sont tous ou quelques-uns des syndics provisoires, et dont la mission consiste à surveiller, souvent même à assurer, par leur concours actif et l'exercice des pouvoirs qui leur sont spécialement donnés, l'exécution du concordat. Une telle convention n'apporte aucun changement à ce qui vient d'être dit. Ce n'est point en vertu de leur nomination par le tribunal, mais par l'effet d'une délégation nouvelle et particulière, que ces personnes agissent. Le contrat règle leurs droits, et le débiteur ne peut se dispenser de les laisser agir dans l'étendue des pouvoirs qu'ils ont reçus. Mais cela n'empêche pas que, dans l'intérêt des tiers, le failli ne soit réputé relevé du dessaisissement; en conséquence, ceux qui ont des actions contre lui ne sont plus tenus de les diriger contre les syndics [1].

1247. Si le concordat contient une réduction des créances, le débiteur est pleinement libéré de tout ce qui excède les sommes auxquelles ces créances ont été réduites; il ne peut être ultérieurement inquiété à ce sujet dans sa personne ou dans les biens qu'il viendrait à acquérir par la suite : les offres qu'il ferait de payer, malgré cette remise, ne produiraient d'obligation de sa part, qu'autant qu'elles auraient les conditions requises pour la validité d'un engagement, suivant les règles expliquées n°s 138 et suivants. Par suite du même principe, le terme accordé est un terme de droit, et non de grâce; car le concordat est une convention obligatoire, même à l'égard de ceux qui ne l'auraient pas consenti.

Mais ce concordat n'opère aucun effet en faveur des coobligés solidaires du failli ou de ses cautions, car c'est précisément dans la crainte de n'être pas payé intégralement par un débiteur, qu'on exige des coobligés ou des cautions. Cependant les personnes ainsi contraintes de payer au créancier le complément de la dette, ne peuvent s'en faire rembourser par le débiteur [2]. Elles supportent cette perte, comme y eût été forcé le créancier, s'il n'avait pas eu de droits contre elles; c'est la conséquence de ce qui a été dit n° 1215.

Le droit du créancier de poursuivre les codébiteurs ou cautions, pour ce qui ne lui

[1] Cass., 21 juin 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 301.

[2] Cass., 22 mars 1814. Dalloz, t. 15, p. 233.

est pas payé par le failli, n'est point modifié par la circonstance qu'il aurait adhéré volontairement au concordat, au lieu d'attendre qu'on le fasse homologuer ; il est présumé avoir fait ce que la prudence lui commandait, et avoir agi de bonne foi. L'homologation, qui a été prononcée en définitive, justifie la sagesse qu'il a eue de ne pas faire un refus inutile.

On ne peut lui imputer l'impossibilité où se trouve le codébiteur ou la caution, d'être subrogé à ses droits ; c'est la nature des choses, seule, qui amène ce résultat indépendamment de la volonté des parties. Ces codébiteurs ou cautions étant eux-mêmes créanciers du failli et appelés, soit par des invitations individuelles, soit par l'avertissement collectif dont nous avons parlé nº 1185, à se présenter aux vérifications et assemblées de créanciers, ont, ou n'ont pas formé opposition au concordat. S'ils n'y ont pas formé d'opposition, c'est qu'ils ont jugé qu'il était impossible d'obtenir davantage du débiteur, et alors ils ne peuvent faire aucun reproche au créancier. Il en est de même, s'ils ont formé opposition et qu'ils en aient été déboutés ; il est alors jugé que le concordat était utile à la masse des créanciers. Si, au contraire, leur opposition a été admise, le concordat n'est pas obligatoire pour eux ; et l'adhésion du créancier devient alors une circonstance absolument indifférente. La précaution du créancier principal, de faire des réserves contre les codébiteurs ou cautions, et même de leur signifier qu'il va consentir le concordat à leurs risques et périls, sans déroger à ses droits contre eux, serait utile ; mais elle ne nous paraît pas indispensable.

Il est donc d'une grande importance de distinguer, comme on l'a vu nº 224, les remises faites volontairement, même quand le débiteur éprouve des embarras, et les remises forcées. Dès qu'il n'y a pas eu faillite déclarée, ou même si elle a existé, dès qu'il n'y a pas eu accomplissement des préalables du concordat, une remise faite par traité n'a plus que les caractères d'une remise volontaire ; et celui qui l'a consentie ne peut plus agir contre la caution, puisqu'il s'est mis hors d'état de la subroger à ses droits, à moins qu'il ne se soit muni de son consentement, et n'ait conservé ses droits contre elle, suivant les règles communes.

Nous avons vu, nº 1022, que les membres d'une société étaient tenus solidairement des obligations sociales, non-seulement sur l'actif de la société, mais encore indéfiniment sur leurs propres biens. Résulte-t-il de cette obligation indéfinie, que les créanciers dont les droits ont été réduits par le concordat de la société, puissent exiger le reste de leur créance contre les masses individuelles des associés en faillite ? Nous ne saurions le croire. La remise faite par le concordat, dès qu'elle l'a été collectivement aux associés, profite à chacun ; et le créancier ne peut plus réclamer ce qu'il a une fois remis, car il n'a pas plusieurs créances, mais bien une créance unique, garantie par une responsabilité plus étendue [1]. Toutefois il n'en faudrait pas conclure que la remise faite par concordat à un seul des associés en faillite, dût profiter à la société ; les motifs de différence sont évidents. Dans le premier cas, la remise est faite à la personne comprise dans l'être collectif qui forme la société, et, par conséquent, s'applique à tous les intérêts que peut avoir cette personne. Dans le second cas, au contraire, le créancier remet à la personne, en tant qu'individu, et la société n'est point comprise sous cette qualification.

1248. Le concordat ne nuit point aux créanciers privilégiés ou hypothécaires, pour ce qui tient à l'exercice de leurs priviléges ou hypothèques [2] ; il est, au contraire, un titre en leur faveur pour être payés dans la proportion des chirographaires, sans préjudice de leurs droits sur ce qui est affecté à leurs priviléges ou hypothèqnes. Mais, d'un autre côté, s'ils ont la contrainte par corps, l'effet du concordat est, conformément à l'art. 19 du titre 3 de la loi du 4 avril 1798 (15 germinal an VI), de leur ôter cette voie d'exécution comme aux chirographaires [3]. Ils ne peuvent donc être privés de la faculté de faire valoir la nullité du concordat, soit comme n'ayant pas été délibéré à la double majorité exigée nº 1237, soit pour toute autre cause qui servait à d'autres créanciers à obtenir cette annulation [4]. Mais c'est une question assez délicate que celle de savoir

1 Rejet, 22 avril 1818. — Cass., 3 juin 1818. Dalloz, t. 15, p. 197.

2 Cass., 9 déc. 1792. — Cass., 22 pluviose an 2.

3 Rejet, 26 avril 1814. Dalloz, t. 15 p. 154.

4 Cass., 26 janv. 1808. Dalloz, t. 15, p 151.

dans quel délai ils doivent former leur opposition. Au premier coup-d'œil, on peut croire qu'ils n'ont, comme les chirographaires, que le délai de huitaine indiqué n° 1240, et que, déjà assez favorisés par la sûreté hypothécaire qui leur appartient, ils ne doivent pas jouir d'une prorogation de délai qui deviendrait pour eux un privilége exorbitant. Nous inclinons néanmoins à croire qu'ils peuvent être admis dans la huitaine du jour où on leur a opposé le concordat. Nous avons vu qu'ils n'ont pas le droit d'y assister, d'y prendre part. Il n'y a donc pas contre eux une présomption de consentement tacite pour couvrir les vices dont cet acte serait infecté. Ils ignorent et s'il a été fait, et quand il a été fait; comment pourraient-ils être déchus par la seule expiration de huit jours à compter de la date de cet acte ? Dira-t-on qu'il en est ainsi des chirographaires qui n'ont pas comparu? Sans doute! Mais ces chirographaires ont été convoqués; s'ils n'ont pas comparu, c'est qu'ils ont voulu ne pas comparaître. L'hypothécaire n'est point appelé; il ignore s'il a été ou non question de concordat, et à plus forte raison quand il a été fait, il ne l'apprend que lorsqu'on en fait usage contre lui. Il y a une sorte d'analogie entre ce cas et celui où une personne est admise par les lois à se rendre opposante à un jugement auquel elle n'a pas été appelée. Ces motifs nous portent à croire que l'expiration du délai de huitaine, à partir de la date du concordat, ne peut rendre non recevable l'opposition des hypothécaires contre lesquels on veut l'exécuter.

L'homologation a un second effet, celui de convertir les créances chirographaires en créances hypothécaires, non pas en ce sens qu'elles concourent avec les hypothécaires qui les précèdent, mais bien en ce sens qu'elles prennent cette nature vis-à-vis des créanciers postérieurs à l'ouverture de la faillite.

Cette hypothèque, naissant du jugement d'homologation, est judiciaire; elle s'étend sur tous les biens présents et à venir du débiteur; mais elle n'a de rang que du jour de l'inscription, que les syndics, comme mandataires des créanciers, sont tenus de prendre, à moins de convention contraire. Cette inscription est requise individuellement au profit de chaque créancier dénommé au procès-verbal d'admission des créances; ceux qui ne sont point comparus ont à s'imputer l'impossibilité dans laquelle sont les syndics de la requérir en leur nom de la même manière. Peut-être serait-ce une mesure convenable et de prudence, d'inscrire collectivement les créanciers inconnus pour les droits que leur assure le concordat.

1249. L'effet du concordat ayant été de faire cesser entièrement l'état de faillite et toutes ses suites, les prohibitions d'acquérir des droits d'hypothèque contre le débiteur, que nous avons expliqués n° 1135, cessent à l'instant [1]. Les créanciers qui auraient fait juger, dans les cas prévus, n°s 1242 et 1245, que le concordat n'est point obligatoire contre eux, auraient contre les personnes et les biens du débiteur, les mêmes droits que s'il n'avait pas été constitué en faillite. Ils ne seraient pas forcés à agir contre les syndics, ni contre les commissaires nommés dans le cas prévu n° 1246, et pourraient, si leurs créances emportaient contrainte par corps, l'exercer, parce que le dessaisissement qui avait été l'effet de la faillite et qui motivait ces restrictions, n'existe plus. Ils se trouvent dans la même position que de nouveaux créanciers envers lesquels le failli se serait obligé depuis le concordat [2]. Si le débiteur manquait, par la suite, à remplir ses obligations, et cessait de nouveau ses paiements, cette position le constituerait dans un nouvel état de faillite, mais ne ferait point revivre le dessaisissement produit par la précédente, ni les contraintes par corps qui existaient avant le concordat [3].

Ainsi les créanciers de la première faillite n'auraient aucun droit exclusif sur le mobilier qu'ils justifieraient avoir appartenu au failli avant le concordat, et lui avoir été restitué par cet arrangement; mais ils auraient tous, à la même date, sur les immeubles que le failli avait alors, ou qu'il aurait acquis depuis, une hypothèque judiciaire placée immédiatement après la dernière des créances valablement inscrites de la précédente faillite.

Il n'est pas nécessaire d'ajouter que tous actes faits par le failli, dans l'intervalle des

[1] Cass., 11 floréal an XI. Dalloz, t. 15, p. 109
[2] Rejet, 21 juin 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 301.
[3] Cass., 3 janv. 1814.—Rejet, 27 mai 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 323; J. de Br., 1816, 1e, p. 297; Dalloz, t. 15, p. 189. Boulay-Paty, n. 299 et 300.

deux faillites, ne pourraient être attaqués par les créanciers que pour les causes et dans les cas où cette action leur serait permise s'il n'avait pas existé une première faillite.

1250. L'homologation rend le concordat obligatoire pour tous les créanciers qui ne sont pas dans le cas d'exception prévu nos 1242 et 1245, même pour ceux qui, ayant droit d'y prendre part, ne l'auraient pas consenti, encore qu'ils prétendissent qu'ils ne se sont présentés ni à la vérification des créances, ni aux assemblées pour le concordat, parce que les avertissements dont nous avons parlé, no 1233, ont eu pour objet de leur apprendre l'existence de la faillite, et de les appeler à faire valoir leurs droits [1]. Il est douteux qu'on puisse faire une exception en faveur de celui qui prétendrait avoir été omis dans le bilan, à moins qu'on ne vît dans cette omission une intention de fraude [2] qui pourrait sans doute, comme on le verra plus bas, donner à ce créancier le droit d'attaquer et de repousser le concordat dans son intérêt. Le failli, offrant à ces créanciers non comparants l'exécution du concordat dans la proportion de ce qu'il est jugé leur devoir, toutes poursuites de leur part contre lui seraient mal fondées.

Il est obligé envers tout porteur de titres sur lui, dans la proportion du dividende fixé par le concordat, sans pouvoir contester autrement que suivant les règles du droit commun, sur l'erreur et les autres causes de nullité ou de rescision, indépendantes de son état de failli, les créances admises, ou qu'il a portées sur son bilan, qui devient un aveu écrit de sa part. Ainsi, il ne pourrait opposer qu'elles n'ont pas été vérifiées, parce que la vérification n'est pas établie en sa faveur, mais dans l'intérêt des autres créanciers. Vainement dirait-il que le procès-verbal de vérification et d'affirmation ayant été la base sur laquelle il a établi ses propositions, et les engagements qu'il a pris avant été le résultat de la comparaison des dettes vérifiées, avec la totalité de l'actif, ceux qui se présentent après coup sont présumés n'être pas créanciers sérieux! Ces raisons ne seraient d'aucun poids. Un failli ne peut ignorer ce qu'il doit; et puisque nous avons vu, no 1188, que le défaut d'affirmation dans les délais indiqués ci-dessus, n'est pas une fin de non-recevoir absolue, au profit de la masse, contre le créancier en retard, à plus forte raison en est-il ainsi contre le failli rentré dans l'administration de ses biens.

On sent qu'il n'en serait pas de même à l'égard de celui qui aurait cautionné l'exécution du concordat, s'il paraissait qu'il n'a entendu le cautionner que pour le montant des créances vérifiées.

Par suite du même principe, si un créancier avait, depuis l'ouverture de la faillite, obtenu une condamnation contradictoire contre le failli, sans agir conformément à ce qui a été dit no 1161, contre les syndics, le jugement ne pourrait pas être attaqué par le failli, sous prétexte qu'il était frappé d'incapacité. La nécessité imposée au créancier d'agir contre les syndics, n'est établie que dans l'intérêt de la masse [3].

Il n'est pas sans importance d'examiner ici une question que les effets de la solidarité entre plusieurs débiteurs faillis peut faire naître. L'exemple suivant la fera comprendre : Pierre a souscrit un billet à ordre de 10,000 fr. au profit de Paul; celui-ci l'a cédé à Jean, qui en était porteur quand le souscripteur et l'endosseur sont tombés en faillite. Paul a fait un concordat par l'effet duquel ses créanciers l'ont libéré moyennant 50 pour cent. Par des circonstances telles, qui n'ont pas permis que Pierre fît un concordat, il intervient dans sa faillite une union, comme on le verra nos 1252 et suivants. Cette union fera des distributions : quels droits Paul pourra-t-il exercer? Point de doute que si Jean, porteur, s'y présente, Paul sera repoussé, par suite de ce que nous avons dit no 1214, sauf, si les dividendes étaient tels qu'ils dussent donner à Jean plus que les 50 pour cent qui lui restent dus, à réclamer l'excédant, ainsi que nous le dirons no 1255.

Mais si Jean ne se présente pas, Paul, qui a certainement le droit de prendre part au dividende, doit-il figurer pour la totalité de 10,000 fr., montant du titre, ou pour 5,000 fr. seulement qu'il a payés? On peut, pour ce dernier sentiment, dire qu'il ne

1 Cass., 9 mars 1811.—Cass., 17 juin 1812.—Cass., 16 juin 1828.—Cass., 18 nov. 1829. Dalloz, t. 15, p. 341 et 168. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 241.

2 Rejet, 16 janv. 1826.

3 Rejet, 9 déc. 1823.

peut réclamer plus qu'il n'a payé; qu'il ne peut invoquer une subrogation aux droits du porteur, car il ne l'a pas réellement payé, et l'a contraint à se contenter d'une partie; qu'il ne peut alléguer un juste sujet de crainte d'être poursuivi pour le reste, car le concordat a éteint l'action de Jean; qu'enfin, il serait odieux que sa faillite eût été pour lui une source de bénéfice. Mais on peut répondre, et nous serions portés à adopter ce sentiment, qu'il avait acheté et payé le billet, moyennant 10,000 fr.; que cette somme est donc sortie de son actif; qu'en la redemandant intégralement, ou au moins autant que les dividendes de Pierre pourront la fournir, il ne demande que ce qui est à lui; que son concordat avec Jean est chose tout-à-fait étrangère, et ne peut mettre obstacle à ce qu'il réclame ce qui lui est dû, parce que le débiteur qui traite avec ses créanciers ne contracte pas pour cela l'obligation de faire une remise semblable à ses débiteurs.

Il en serait autrement si Paul s'était simplement porté caution, par aval, du billet souscrit par Pierre. Nous ne pensons pas qu'il pût exiger plus qu'il n'a déboursé; et c'est ici que s'appliqueraient dans toute leur force les arguments que nous venons de combattre, parce qu'une caution ne peut jamais demander à son débiteur plus qu'elle n'a payé pour lui.

1251. C'est ici naturellement le lieu d'examiner, si, après l'homologation d'un concordat, on pourrait encore s'occuper de fixer l'époque d'ouverture de la faillite, soit parce que le jugement déclaratif ne l'aurait pas déterminée, soit parce qu'il se présenterait quelque motif pour la changer.

Ce cas ne peut que rarement arriver à l'égard des créanciers chirographaires : l'effet du concordat étant de restituer au failli l'administration de sa fortune, et de faire cesser la communauté d'intérêts de la masse des créanciers, pour ne leur présenter d'autre adversaire que leur débiteur, l'époque de la faillite n'est plus importante : quelles que soient la date de l'obligation du failli ou les circonstances dans lesquelles elle ait été contractée, les présomptions légales dont nous avons parlé, n°s 1131 et suivants, ne peuvent être invoquées par lui; elles n'étaient que dans l'intérêt des créanciers.

Le seul cas où l'examen de cette question deviendrait possible, serait celui où, par le concordat, les créanciers se seraient réservé certaines portions de l'actif, ou le bénéfice présumé de quelque action révocatoire, et se trouveraient, en attaquant des tiers, obligés de discuter la véritable époque d'ouverture de la faillite.

La question peut se présenter plus fréquemment entre des créanciers hypothécaires. Le concordat leur est étranger; ils peuvent continuer leurs poursuites sur les biens; et lorsqu'il s'agira d'en partager le prix, suivant l'ordre des priviléges et hypothèques, il sera quelquefois important de juger si *tel* qui se dit hypothécaire n'a pas acquis son hypothèque dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite. La fixation de la véritable époque de cette ouverture est alors, comme on le voit, d'une grande importance; et nous pensons qu'on peut encore s'en occuper, savoir, si l'incident est élevé devant un tribunal civil, en renvoyant au tribunal de commerce, et si c'est devant ce dernier tribunal, en décidant la question, comme toute autre semblable, d'après les règles données n°s 1104 et suivants.

CHAPITRE IX.

Des Syndics définitifs et de l'Union.

1252. Les causes qui empêchent qu'il y ait un concordat sont au nombre de trois : 1° le caractère de la faillite, qui ne permet pas d'user de cette voie, par exemple, si le failli est déjà condamné pour banqueroute, ou si l'état de l'instruction et les présomptions qui en résultent, sont telles que le juge-commissaire s'oppose à ce qu'on délibère sur le concordat proposé; 2° si le concordat ayant été proposé et discuté, la majorité égale ne l'adopte pas; 3° si le concordat n'est pas homologué. Il en est de même si le failli a, dès le moment où sa faillite a été connue, pris le parti de faire cession de biens, suivant les règles que nous donnerons dans le titre sixième, ou s'il a eu recours à cette mesure pendant les opérations de la faillite.

Les créanciers doivent, dans tous ces cas, former un contrat d'union. Il est impossible de supposer qu'ils s'y refusent, puisque c'est le seul moyen pour eux de se partager l'actif du failli.

Ce refus ne pourrait avoir une apparence de fondement que dans le seul cas où le failli, pendant l'intervalle entre le rejet du concordat et l'assemblée où doit se former l'union, aurait trouvé des ressources pour payer ses créanciers, et serait parvenu à les désintéresser tous par des sûretés ou autres moyens semblables, ce qui donnerait naissance à une question dont nous nous occuperons à la fin de ce chapitre, lequel sera divisé en quatre sections.

SECTION PREMIÈRE.

De la Formation du Contrat d'union, et de la Nomination des Syndics définitifs.

1253. Les seuls créanciers admis et vérifiés peuvent concourir à la formation du contrat d'union; mais il n'y a plus d'exclusion contre les hypothécaires et autres désignés nº 1238, puisqu'il s'agit de prendre des mesures pour l'aliénation et la distribution du prix des biens du débiteur commun, auxquels ils n'ont pas moins de droits que les simples chirographaires [1]. Le nombre des créanciers délibérants dans ce cas est indifférent. Il ne s'agit plus de consentir des sacrifices, auxquels on ne peut condamner les refusants qu'autant qu'une partie considérable des créanciers les plus intéressés l'a jugé nécessaire; il s'agit seulement de prendre un parti sur l'intérêt commun, sans imposer aucun sacrifice conventionnel à qui que ce soit.

Par le même acte qui les constitue en union, les créanciers doivent procéder à la nomination des syndics définitifs. Nous n'avons, en ce qui concerne la forme de cette élection, rien à ajouter à ce qui a été dit nº 1172; il nous suffit de faire observer que les syndics provisoires peuvent être revêtus de cette qualité; que les élus ne peuvent la refuser, sans motifs légitimes dont le tribunal serait appréciateur, parce qu'il s'agit de défendre les intérêts communs [2]; et qu'enfin cette élection n'a pas besoin d'être confirmée par le tribunal. La nomination est directe, et n'est point soumise à une présentation de candidats. Les syndics sont, du reste, révocables, comme de simples mandataires, à la volonté des créanciers, sans qu'il y ait nécessité d'en faire juger les motifs.

Les créanciers doivent encore nommer, pour recevoir toutes les sommes provenant des recouvrements, un caissier entre les mains duquel tous les fonds appartenant à la faillite seront versés. Ce caissier étant, à cet égard, considéré comme dépositaire, ne peut s'en dessaisir que suivant les règles dont nous parlerons ci-après.

1254. Le contrat d'union n'ayant pas pour objet de commander des sacrifices à une classe de créanciers, malgré eux, n'est pas soumis aux conditions requises pour le concordat, et n'a pas besoin d'être homologué; sauf à faire juger les incidents, si quelque créancier contestait l'exécution de cet acte, ou quelques opérations des syndics [3].

Le juge-commissaire est tenu de rendre compte de toutes ces circonstances au tribunal, qui prononce, comme dans le cas du concordat, si le failli est ou non excusable et susceptible d'être réhabilité; mais ce commissaire n'est pas obligé de rendre compte de la situation de la faillite à l'assemblée des créanciers; cette formalité, utile, sans doute, lorsqu'il s'agit du concordat, n'est point ici nécessaire. Le sauf-conduit nous paraît aussi devoir subsister; les raisons d'humanité et d'intérêt pour la masse, qui l'ont fait accorder, restent les mêmes; par conséquent le droit du tribunal de révoquer ce sauf-conduit, et de faire détenir le failli, conformément à ce qui a été dit nº 1145 [4], subsiste aussi. Mais si le tribunal refuse de déclarer que le failli est excusable, ou si l'union a eu lieu par suite de rejet d'homologation du concordat, le failli est, par cela seul, comme nous l'avons vu nº 1244, en prévention de banqueroute.

---

1 Rejet, 2 juin 1812. Dalloz, t. 15, p. 207.

2 Voy. dans ce sens Boulay-Paty, n. 307; et en sens contraire, Dalloz, t. 15, p. 202, n. 4, qui se fonde sur l'art. 1984 du code civ.

3 Mais voy. Boulay-Paty, n. 312.

4 Rejet, 9 nov. 1824. Dalloz, t. 15, p. 302, n. 2.

SECTION II.

De l'Administration des Syndics définitifs.

1255. Toutes les opérations de la faillite devant être terminées par les syndics définitifs, leurs fonctions sont, en général, de représenter la masse. Ils doivent recevoir, en présence du juge-commissaire, le compte des syndics provisoires, dans les vingt-quatre heures de leur nomination, à moins que ce ne soient ces derniers qui aient été nommés syndics.

Ils ont droit de procéder à la vérification du bilan; ce qui les autorise à rechercher si quelques articles d'actif n'auraient pas été omis, si quelques créances n'auraient pas été indûment admises. Dans ce dernier cas, le créancier dont ils contesteraient les droits ne peut leur opposer, comme fin de non-recevoir, qu'il a été vérifié et qu'il a fait son affirmation; il n'y a qu'un jugement passé en force de chose jugée qui ferait obstacle à cette nouvelle vérification. Mais c'est aux syndics à prouver l'erreur ou le dol par lesquels ils prétendraient qu'a été causée l'omission ou l'injuste admission, tandis que lors de la vérification des créances, matière qui a fait l'objet du chapitre sixième, c'était au créancier à prouver les droits qu'il réclamait.

Les syndics définitifs doivent aussi procéder aux réglements entre la masse et des tiers, par suite des rapports de solidarité ou de cautionnement dont nous avons indiqué plusieurs effets nos 1210 et suivants.

Les répétitions que peut exercer la masse contre les coobligés à une dette dont le créancier a été admis, et a touché un dividende dans la faillite, sont plus ou moins étendues, selon que ces derniers sont ou ne sont pas eux-mêmes en faillite. Nous supposons d'abord que le codébiteur du failli est resté solvable. Le créancier qui, comme on l'a vu n° 1129, ne pouvait agir contre lui avant l'échéance conventionnelle, a pu user du droit qu'il avait de se présenter dans la faillite du codébiteur failli, et, par l'effet de la répartition des dividendes, avoir reçu plus que la portion de ce dernier dans la dette. Comme il aura d'autant moins à demander à l'autre codébiteur, les syndics pourront contraindre celui-ci, lors de l'échéance conventionnelle, à leur payer la portion dont il a été déchargé.

La même règle s'appliquerait au cas où, parmi plusieurs coobligés solidaires, deux ou plusieurs sont faillis, et les autres sont restés solvables; par exemple, Paul, créancier de 30,000 fr. dus solidairement par Pierre, Jean et Jacques, s'est présenté dans la faillite de ce dernier, qui payait cinquante pour cent, et a reçu 15,000 fr.; il s'est présenté de même dans la faillite de Jean, qui payait aussi cinquante pour cent, et, par conséquent, il est entièrement soldé : chacune des faillites se trouvant ainsi avoir payé 5,000 fr. de plus qu'elle ne devait, à la décharge de Pierre, dont la part était de 10,000 fr., pourra recourir contre lui; et puisque nous supposons qu'il n'est pas en faillite, ce remboursement devra être intégral.

Si, au lieu d'être codébiteur, le failli était caution solidaire, comme on a vu, n° 1215, que le sont les divers signataires d'une lettre de change, les syndics auront droit de demander au débiteur principal la totalité de ce que la faillite se trouve avoir payé à sa décharge, par suite de la collocation que le créancier aurait obtenue, conformément à ce que nous avons dit n° 1217. Pour juger si la faillite a ou non payé à la décharge du codébiteur non failli, auquel sa masse s'adresse, on suivrait les règles des divers contrats. Ainsi, lorsque la faillite de l'accepteur d'une lettre de change a payé un dividende au porteur, la masse de cet accepteur n'a d'action contre le tireur qu'autant que celui-ci n'aurait pas fait la provision. Ainsi, jamais la demande ne pourra être faite par la faillite de l'un des signataires d'un effet négociable, à celui à qui il devait cette garantie dans l'ordre des négociations, ou d'après les principes généraux du droit.

Mais l'état de faillite de tous les codébiteurs présente une position et nécessite une marche différente.

Ainsi, Pierre et Paul sont débiteurs solidaires envers Jean; l'un et l'autre tombent en faillite : Pierre donnant un dividende de 75 pour cent, le créancier n'obtiendra, conformément à ce qui a été dit n° 1211, que les trois quarts de sa créance; et Paul ne donnant que 25 pour cent, sa masse ne paiera qu'un quart de la dette commune. Il semblerait, au premier coup d'œil, que la masse de Pierre est fondée à exiger, de la masse de Paul, 25 pour cent, puisque toute dette solidaire doit être acquittée par moitié

entre deux coobligés, commme on l'a vu n° 182; et c'est ce qui aurait évidemment lieu s'il n'était point arrivé de faillite. Néanmoins, nous ne pensons pas que, dans l'espèce, ce recours de la masse de Pierre, contre celle Paul, fût fondé; et nous avons déjà vu un exemple analogue, n° 1086. C'est un principe invariable en matière de faillite, expliqué n° 1214, que le dividende payé sur une créance la représente tout entière; établir un recours, serait introduire deux ordres de créances dont les nnes donneraient droit à un double dividende, et les autres à un seul. En effet, déjà la créance de Jean a figuré dans la faillite de Paul; elle y a reçu tout le dividende dont elle était susceptible; si la masse de Pierre s'y présentait encore ponr recevoir jusqu'à concurrence de 25 pour cent, cette creance figurerait deux fois dans la même masse.

Un cas semblable peut se présenter relativement au cautionnement que se seraient mutuellement fourni des faillis, dans la série de leurs opérations commerciales. Par exemple, Pierre a cautionné Paul envers Jean pour un crédit de 100,000 fr.; à son tour, Paul a cautionné Pierre envers Jacques pour un crédit de pareille somme : tous deux faillissent et donnent, savoir, Pierre, un dividende de 75 pour cent; Paul, nn de 25 pour cent. Quoique, dans le fait, Pierre ait payé pour Paul 50,000 fr., sa masse n'aura aucun recours, parce que, comme nous l'avons dit, la collocation du créancier a absorbé le dividende. Ce ne serait que dans le cas où Paul solliciterait sa réhabilitation, que la masse de Pierre, qui aurait acquitté un dividende excédant sa portion dans la dette commune, pourrait exercer son recours contre Paul, son codébiteur.

Néanmoins, si, par l'effet d'un premier dividende reçu par le créancier dans une masse, sa créance avait été tellement réduite qu'elle n'épuisât pas celui que l'autre masse donne à des créanciers d'une somme égale, celle qui aurait acquitté la plus forte partie, de manière à excéder sa portion dans la dette, pourrait exercer les droits du créancier jusqu'à concurrence de ce que la masse de Paul aurait été tenue de lui payer pour compléter son dividende. Ainsi, pour continuer notre hypothèse, supposons que Pierre et Paul, codébiteurs solidaires, tombés en faillite, donnassent l'un et l'autre à leurs créanciers 75 pour cent. Jean, qui s'est d'abord présenté dans la masse de Pierre, a reçu les trois quarts de sa créance; il s'adresse ensuite à celle de Paul, mais il n'a besoin que de 25 pour cent pour compléter ce qui lui est dû; et par conséquent il reçoit seulement cette somme. La masse de Pierre pourra exercer les droits de Jean, contre celle de Paul, jusqu'à concurrence de 25 pour cent, qu'elle a payé au delà de sa moitié dans la dette, ce qui égalisera les paiements qu'elles ont faits.

Les mêmes principes s'appliquent lorsqu'au lieu d'être codébiteur pour un intérêt commun, les divers coobligés ne sont que cautions solidaires les uns des autres. Par exemple, si le porteur d'une lettre de change s'est présenté dans la faillite de l'accepteur, et a reçu un dividende proportionnel à celui des autres créanciers, le tireur ou les endosseurs qu'il poursuit en vertu de la garantie dont nous avons expliqué les effets n° 442, ne peuvent se présenter dans la faillite de ce même accepteur, comme créanciers de ce qu'ils ont payé à sa décharge [1]. Mais si, par l'exercice du droit qu'a le créancier de se faire payer par *tel* des coobligés qu'il juge à propos, quelques-uns de ceux qui ont pour garants des faillis ont été tenus de payer, ils sont fondés à se présenter dans les faillites de leurs garants, pour y exercer les droits que le porteur aurait pu y exercer lui-même; ils ne peuvent être repoussés qu'autant que ce porteur s'y serait déjà présenté, et même dans ce cas, si ce dernier n'avait pas épuisé le dividende entier, la masse du garanti aurait droit de se présenter dans la faillite du garant, et d'y prendre le restant du dividende attribué à la créance dont il n'était que caution solidaire.

Mais alors une autre question peut se présenter. Pierre, en compte courant avec Paul, est son débiteur d'un reliquat de 120,000 fr.; pour l'en rembourser, il lui écrit de tirer pour son compte une lettre de change de pareille somme sur Jacques, qui accepte sans avoir provision, et sans que Pierre la lui fasse ultérieurement. Tous faillissent : les tiers-porteurs se présentent dans la masse de Paul, tireur pour compte, et dans celle de Jacques, accepteur : chacune de ces masses paie un dividende, conformément aux principes expliqués n° 1211; mais ensuite, comme

[1] Rejet, 22 mars 1814. Dalloz, t. 15, p. 253

l'une et l'autre de ces masses a payé une dette pour laquelle Pierre était leur garant, puisque la lettre de change était sa dette, et que la provision aurait dû être faite par lui, chacune se présente pour être admise à la vérification, et, par suite, à la collocation dans la faillite de Pierre. Cette masse n'ayant rien payé aux tiers-porteurs, qui, d'après les principes expliqués n° 580, n'avaient aucune action contre elle, ne peut refuser d'admettre l'une ou l'autre des masses dont nous venons de parler. Mais elle n'est obligée de n'en admettre qu'une; car on a vu, n° 1211, qu'elle ne peut pas être obligée de payer pour la même dette des dividendes à plusieurs personnes. Il s'agira donc de savoir si le dividende dû par la faillite de Pierre sera attribué à la masse de Paul, tireur pour compte, préférablement à celle de Jacques, accepteur, ou s'il sera partagé entre elles. Nous croyons que l'admission devra être accordée à la masse de Paul, tireur pour compte. En effet, la masse de Jacques, en payant, n'a fait qu'acquitter sa propre dette, puisque l'acceptation l'avait rendu, suivant les principes expliqués n° 366, débiteur direct; il n'a donc point acquis, en payant, de subrogation aux droits du porteur. Au contraire, Paul, tireur pour compte, n'était, à l'égard de Pierre, de l'ordre duquel il avait tiré, qu'une caution solidaire : c'était un commissionnaire qui, se payant pour son commettant, acquérait, comme on l'a vu n° 573, la subrogation aux droits de celui envers qui cette qualité l'avait obligé. Peut-être, au premier coup d'œil, l'équité semblerait commander un partage du dividende entre les deux masses de Paul et de Jacques, mais les principes s'y opposent. De même que la caution d'une dette, pour laquelle le créancier figure dans la faillite du débiteur principal, ne peut se porter créancier dans cette même faillite pour ce qu'elle paie de complément à sa décharge, par les motifs expliqués n° 1216; de même, la masse de Jacques, accepteur, ne peut plus, dans le cas dont il s'agit, rien demander à celle de Pierre, qui doit payer un dividende, pour cette même lettre, à son commissionnaire, parce que celui-ci, en payant le porteur, en a acquis tous les droits, par l'effet des principes généraux sur la subrogation. On peut se reporter à ce que nous avons dit sur cette question, n° 580.

1256. Les syndics ont un caractère légal pour représenter la masse, même pour plaider ou pour interjeter appel, sans que des autorisations ou délibérations spéciales, ni le concours du failli, soient nécessaires.

Les significations du jugement qui leur sont faites font courir les délais des recours dont ces jugements peuvent être susceptibles; ce qui n'empêche pas qu'un créancier ne puisse, à ses frais et risques, les attaquer, comme on l'a vu n° 981, et par conséquent se joindre à eux dans une instance qui intéresserait la masse [1]. Il ne faut pas, néanmoins, en conclure que, s'il s'élevait quelque contestation d'un créancier qui réclamerait une dette pour laquelle il serait reconnu fondé et mis en un rang quelconque, la décision rendue entre le créancier et les syndics fût réputée chose jugée avec ceux au rang desquels il aurait apporté quelque préjudice ou changement. Ce ne serait plus là une affaire qui intéresserait exclusivement la masse proprement dite; et le jugement n'aurait point l'effet de la chose jugée contre ceux dont l'intérêt particulier serait de l'attaquer [2].

Les syndics sont aussi de légitimes contradicteurs des créanciers qui se présenteraient à la vérification après les délais indiqués n° 1188; enfin leur mission consiste à poursuivre, en vertu du seul contrat d'union, et sans autres titres, la vente des meubles du failli dans les formes dont nous avons déjà parlé.

1257. Il peut y avoir lieu de convoquer l'union, c'est-à-dire la totalité des créanciers vérifiés et affirmés, pour délibérer sur certains objets importants qui s'écartent de la nature des attributions des syndics, ou en excèdent les limites : tel serait, par suite de ce qui a été dit n° 1181, un compromis par arbitrage volontaire. Dans ce cas, il est assez convenable que les convocations aient lieu par lettres à domicile et avis dans les journaux. Les délibérations sont prises à la majorité absolue des voix.

Cette nécessité de convoquer les créanciers, qui souvent se fait sentir aux syndics, comme mesure de précaution, et afin de mettre leur responsabilité à couvert, est indispensable s'ils croient utile de traiter à forfait des droits et actions dont le recouvrement n'aurait pas été opéré, et de les aliéner. La délibération de l'union doit être

1 Cass., 26 avril 1813.

2 Cass., 25 juill. 1814. Dalloz, t. 15, p. 126.

homologuée par le tribunal, et le failli doit être appelé à ce jugement, parce qu'il s'agit de composer sur le montant de l'actif dont la conservation l'intéresse toujours; plus cet actif produira de valeurs, et moins il restera débiteur en définitive.

Les syndics définitifs, mandataires de la masse, comme nous l'avons dit n° 1255, sont intéressés à bien gérer par la seule qualité de créanciers; ce ne serait qu'au cas de fraude prouvée, ou de faute grave, qu'on pourrait les condamner. Ce qui a été dit n° 1181 sur les engagements et la responsabilité des syndics provisoires, leur est applicable; il s'ensuit, comme on l'a vu n° 1167, que leur gestion étant indivisible, crée, contre eux, les droits résultant de la solidarité [1].

Lorsqu'ils déboursent quelques sommes, ils doivent en être payés par prélèvement; et si des dépens sont prononcés contre eux, c'est la masse qui en est débitrice, à moins que le jugement ne les ait, pour faute ou torts personnels, condamnés en leur nom, comme on l'a vu nos 1165 et 1185.

Mais il peut se faire que certaines opérations des syndics obligent eux et la masse, d'une manière plus directe et plus étendue.

Si une union de créanciers avait pris ou continué l'exploitation d'un établissement ou d'une manufacture appartenant au failli, et que les syndics, autorisés par elle, eussent contracté des engagements, pour fournitures de matières premières, ou pour causes semblables, les créanciers du failli seraient tous, dans ce cas, considérés comme indéfiniment responsables des engagements des syndics, et pourraient être poursuivis et condamnés comme des associés en participation, d'après les principes expliqués n° 1181.

Nous avons vu, n° 1128, que, dans certains contrats aléatoires par leur nature, la masse des créanciers était obligée, ou de résilier le contrat, ou de fournir caution. Dans ce dernier cas, si par l'événement, la caution était obligée de payer quelque chose à la décharge de la masse, non-seulement elle aurait une action contre l'actif de la faillite, mais encore, comme nous venons de le dire, contre tous les créanciers qui composent l'union.

[1] Boulay-Paty, n. 328. Dalloz, t. 15, p. 203, n 11, combat cette opinion.

1258. Sur le mobilier du failli, il est fait, même dans le cas où il y aurait prévention de banqueroute simple ou frauduleuse, distraction à son profit et à celui de sa famille, des vêtements, hardes et meubles nécessaires à l'usage de leurs personnes.

La proposition de cette remise appartient aux syndics, qui dressent l'état des objets, et proportionnent cette faveur aux circonstances, à l'état de la faillite et à la conduite du failli. L'aprobation du juge-commissaire suffit, sans qu'on ait besoin de recourir au tribunal.

Le failli peut également, pourvu toutefois qu'il n'y ait pas présomption de banqueroute, même simple, demander, à titre de secours, une somme sur le prix de ses biens. La quotité en est proposée par les syndics, et fixée par le tribunal, sur le rapport du juge-commissaire, en proportion des besoins du failli et de sa famille, et du plus ou moins de perte qu'il fait supporter à ses créanciers. Le failli, même reconnu de bonne foi, n'a pas un droit acquis à ce secours. Le tribunal, appelé à apprécier les circonstances, peut le lui refuser totalement [2], s'il est certain que sa position de famille le mette à l'abri des besoins, et que, d'un autre côté, l'actif de la faillite n'offre qu'un faible dividende à ses créanciers. Mais lorsque le tribunal juge convenable d'accorder ce secours, il ne peut jamais consister en une jouissance d'immeubles en nature, à moins qu'elle ne fût instantanée, et qu'elle n'embarrassât en rien la marche des opérations de l'union.

SECTION III.

De la Distribution des sommes recouvrées.

1259. La distribution des sommes que les recouvrements et le produit des ventes ont fait verser dans la caisse de l'union, doit occuper particulièrement les syndics.

On peut, à cet égard, considérer: le mode de distribution des deniers produits par la vente du mobilier; le jugement des contestations qui y sont relatives; la manière dont

[2] Rejet, 17 nov. 1818 Dalloz, t. 15, p. 240.

les paiements s'effectuent; ce qui sera l'objet de trois paragraphes. L'ordre du prix des immeubles étant soumis à des règles particulières, nous en traiterons dans un quatrième.

§ Ier. *Comment est distribué le Prix provenant des meubles et autres recouvrements mobiliers.*

1260. Nous avons vu, n° 1199, que le locateur de la maison ou des magasins occupés par le failli, avait droit d'être payé par préférence à tous autres créanciers. Ce qui lui est dû, s'il n'a pas été payé au moment même de la vente des objets affectés à son privilége, doit donc être prélevé en sa faveur. Quant aux autres créanciers, à mesure qu'il y a des deniers suffisants, les syndics doivent en faire la répartition entre les créanciers, suivant leurs droits. A cet effet, ils sont tenus de remettre, chaque mois, au juge-commissaire, un état de situation de la faillite et des deniers existant en caisse. Ce magistrat ordonne, s'il y a lieu, une répartition, et en fixe la quotité.

Les sommes à distribuer se composent des recettes diverses qui ont été faites successivement par les agents ou syndics provisoires, et par les syndics définitifs, et qui, versées d'abord dans un coffre à deux serrures, ou même déposées à la caisse des consignations, sont, en définitive, mises entre les mains ou à la disposition du caissier de l'union.

Le recouvrement des divers articles de créances actives peut avoir donné lieu à des frais dont le remboursement n'aurait pas été fait par le débiteur, ou même à ce qu'on appelle des faux frais, c'est-à-dire des dépenses légitimes et utiles, mais qui n'entrent pas en taxe. La vente des meubles a dû occasionner des frais de commissaires-priseurs, huissiers, ou courtiers, des droits de timbre, enregistrement ou autres; il est juste de les déduire sur chaque article de recette, de manière à ne présenter comme susceptible de répartition que ce qui reste net. On en prélève encore les secours qui doivent être accordés au failli, ainsi que nous l'avons dit n° 1258.

Ces premiers prélèvements établis, les syndics en font encore un pour toutes les dépenses d'administration dont ils justifient, et que le tribunal règle en cas de contestation : tels sont les frais généraux de conseils, plaidoiries, voyages, etc., les dépens auxquels la masse a pu être condamnée envers les tiers, à moins que les syndics n'y aient été condamnés personnellement. Il faut y ajouter les engagements que la masse a contractés en cette qualité avec des tiers; par exemple, des achats de matières premières pour continuer des fabrications; l'obligation d'indemniser les cautions données, dans les cas prévus n° 1257, ou celle qui, dans les mêmes circonstances, aurait été contractée au nom de la masse, si le créancier s'en était contenté.

Le paiement des créanciers privilégiés doit ensuite avoir lieu, conformément aux droits qui leur ont été reconnus à la vérification, d'après les règles données n°s 1191 et suiv., et ils ont pour les intérêts légaux qui leur sont dus les mêmes droits que pour le principal [1].

Les syndics présentent l'état de ces dettes au juge-commissaire; et comme il serait possible que, par quelques raisons d'équité ou inhérentes à la nature même des dépenses, des paiements eussent été autorisés par lui pendant l'administration des agents ou des syndics provisoires, on doit, pour régulariser les opérations, les reporter dans ce travail.

L'acquittement de ces sortes de créances ne peut présenter matière à difficulté. Il est rare que l'actif ne soit pas suffisant pour ce paiement. Si ce cas arrivait, l'ordre dans lequel nous avons traité des priviléges généraux est celui qu'on devrait suivre pour établir la préférence; et les créances de la classe sur laquelle tombe l'insuffisance concourraient contre elle.

1261. Il peut y avoir plus de difficultés pour arriver à la collocation des créanciers privilégiés sur certains meubles de maison autres que le locateur, dont nous venons de rappeler les droits spéciaux : quelques règles suffiront.

Les objets frappés de ce privilége peuvent avoir été vendus par le failli avant la faillite, et le prix en être encore dû. Dans ce cas, il n'y a point de subrogation du prix à la chose, ainsi qu'on l'a déjà vu, n° 956, parce que les priviléges sont de droit strict; sauf ce que nous dirons dans le chapitre suivant, pour la revendication des choses déposées,

1 Rejet, 14 juill. 1829, J. du 19e s., 1829, 1e, p. 324.

prêtées ou données en nantissement, ou des droits de suite autorisés par quelques dispositions spéciales.

Ainsi, en cas d'échouement d'un navire, le privilége de celui qui a fourni des fonds pour le sauvetage, ne porte que sur les marchandises sauvées, et ne s'exercerait pas sur les créances que l'armateur peut répéter, à raison de ce sauvetage, contre les affréteurs.

Les objets affectés au privilége peuvent avoir été vendus depuis l'ouverture de la faillite, à la requête et sur la poursuite du créancier privilégié, comme nous avons vu, n° 1164, que le pouvait un créancier, pour les objets qu'il a reçus en nantissement, un voiturier, pour les marchandises qu'il a transportées. Le paiement de la créance privilégiée ayant été une suite nécessaire de cette opération, on ne comprend, dans l'actif de faillite, que ce qui reste des objets vendus après le prélèvement des frais ou des sommes dues par privilége; et, à son tour, le créancier ne figure que pour mémoire dans l'état des collocations, ou pour ce qui lui reste dû.

Mais il peut arriver que les objets affectés à un privilége aient été vendus par les soins et les ordres des agents ou syndics, et leur produit versé, au fur et à mesure, dans la caisse à deux serrures dont il a été parlé n° 1160, alors il y a plus de difficulté. Elles peuvent être prévenues, si les syndics, pour obtenir la libre disposition des choses affectées, ont donné au créancier privilégié qui se serait rendu opposant à la vente, caution de la totalité de sa créance. Celui-ci est alors devenu créancier de la masse entière; quelle que soit l'origine des deniers qui sont en caisse, ils doivent être appliqués à son paiement avant toute distribution. La caution qui le paierait aurait les mêmes droits, par subrogation.

Il ne faut pas conclure de ce que nous venons de dire qu'un créancier muni d'un gage ait le droit d'exiger, pour laisser aux syndics la faculté d'en faire la vente, que ceux-ci lui donnent caution de la totalité de sa créance. Dans la règle, il ne peut prétendre qu'au prix que le gage produira. Mais cette prestation de caution pour la totalité de la dette n'est pas impossible et peut être justifiée par les circonstances. Supposons en effet que la dette étant échue le créancier veuille user du droit qu'il a de provoquer la vente, et que les circonstances donnent lieu de craindre que ce gage ne soit vendu qu'à vil prix, tandis que si on remet à un temps plus éloigné, on a lieu d'espérer une vente plus favorable; le créancier n'est point obligé d'y consentir. Il a l'espoir que ce gage, quoique vendu à vil prix, comparativement à sa valeur intrinsèque, suffira pour le payer, et c'est tout ce qu'il lui faut. Rien ne l'oblige à attendre pour qu'une vente plus favorable procure un excédant à la faillite. Dans ce cas les syndics n'ont d'autre ressource que de retirer le gage en payant la totalité, ou en donnant caution du tout.

Mais, hors ce cas, le créancier n'a de privilége que sur le prix. La vente, même faite à la requête des syndics, et sans qu'il ait usé du droit de la poursuivre lui-même, ne peut lui faire perdre ses droits; il s'opère alors une subrogation du prix, en raison de ce que la chose engagée a produit, parce que ce cas n'est pas le même que celui qui a été prévu plus haut.

Il est possible aussi que les fonds provenant des différentes causes que nous venons d'indiquer, aient été détournés ou appliqués à d'autres dépenses : cette circonstance est tout-à-fait indifférente. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait autant de caisses que de natures de recettes. La même caisse doit tout contenir; mais l'origine de chaque versement est indiquée sur le livre du caissier, ou si ce livre n'est pas exactement tenu, elle peut être facilement suppléée, puisque nous avons vu, n° 1157, qu'aucune recette ne pouvait être faite sans que la quittance des agents ne fût visée par le juge-commissaire, et que chaque semaine on devait lui fournir un bordereau de situation de la faillite.

On aura donc, dans ces différents cas, à déterminer les objets sur lesquels doit porter le privilége, soit d'après la convention, soit par la nature des choses, conformément à ce que nous avons dit, n°s 1190 et suivants; la somme nette qu'aura produite le prix de leur vente acquittera les créances privilégiées sur ces choses, et si elle est insuffisante, le créancier aura droit de concourir, pour ce qui lui reste dû, avec les créanciers chirographaires, sur la masse mobilière de la faillite.

Cette collocation des priviléges particuliers est au surplus subordonnée à l'acquittement des priviléges généraux, comme nous l'avons vu n° 1191. Le créancier, même nanti d'un

gage ne peut exercer son droit sur le prix qui en provient qu'après l'acquittement de ces priviléges. Mais néanmoins, le créancier privilégié sur certaines choses, pourrait exiger qu'avant d'en employer le prix à son préjudice au paiement des priviléges généraux, on y consacrât d'abord le montant des recouvrements provenant de choses qui n'étaient frappées d'aucune affectation. C'est la conséquence des principes donnés n° 956. A la vérité, si les valeurs de cette seconde espèce manquant ou étant insuffisantes, l'exercice des priviléges généraux empêchait que quelque créancier, avec privilége particulier, trouvât de quoi être payé, sur l'objet spécialement affecté à son privilége, il n'aurait point droit de se pourvoir par subrogation sur le prix des immeubles, parce que les créanciers qui ont un privilége général, ne sont pas admis à l'exercer indistinctement et selon qu'il leur plaît sur les meubles ou sur les immeubles : ils ne peuvent se pourvoir sur ces derniers que subsidiairement.

1262. Il est possible que plusieurs créanciers se trouvent privilégiés sur le même objet et pour des causes différentes. Il est encore nécessaire d'établir l'ordre dans lequel le prix qui représente leur gage, sera distribué entre eux.

Dans certains cas, la nature de la créance ne permet pas que plusieurs, pour des causes différentes, concourent ensemble; tels sont les droits du créancier qui a reçu un gage, de l'aubergiste, du voiturier, etc.; à cet égard, il n'y a point de difficulté.

Dans d'autres cas, où cette concurrence n'a rien de contraire à la nature des choses, s'il y a plusieurs prétendants pour la même cause, si, par exemple, plusieurs ont droit à des indemnités pour faits de charge, le cautionnement est distribué entre eux par concurrence.

Enfin, lorsque le fait n'établit pas la préférence de l'un sur l'autre, et que la nature des droits ne fonde point une concurrence entre les créanciers, on suit l'ordre dans lequel nous avons traité de ces priviléges.

§ II. *Comment sont jugées les Contestations sur la distribution.*

1263. Lorsqu'il y a contestation, soit de la part de créanciers qui se plaindraient de n'avoir pas été colloqués comme privilégiés, ou de ne l'avoir pas été pour la somme à laquelle ils croyaient avoir droit, soit de la part de créanciers qui se plaindraient de la préférence injustement accordée à d'autres, ceux qui se croient lésés peuvent former opposition à la distribution.

Il n'y a aucun délai fatal pour exercer ce droit, puisque l'état de situation, dont nous avons parlé n° 1260, n'est point signifié. Mais on cesserait d'être recevable, si on avait laissé terminer les opérations et faire les paiements, sans réclamer.

Quant à ceux qui ont contesté une collocation, le fait qu'elle aurait été exécutée nonobstant la litispendance, ne les rendrait pas non-recevables; s'ils la font révoquer, celui qui a indûment reçu, doit restituer.

Le tribunal de commerce, si le privilége prétendu ou contesté résulte d'une cause qui soit de sa compétence, ou, dans le cas contraire, le tribunal civil prononce sur l'opposition; les frais sont supportés par la partie qui succombe.

§ III. *Comment sont effectués les Paiements.*

1264. Le juge-commissaire autorise le paiement des priviléges non contestés, ou maintenus par suite des jugements sur les oppositions dont nous venons de parler; on y consacre les premiers deniers rentrés, selon la nature et l'espèce de la créance. Il pourrait arriver que quelques créanciers n'eussent été admis à la collocation qu'à la charge de donner caution. Les syndics doivent exiger cette sûreté avant de leur faire aucun paiement. Il pourait se faire aussi que dans le cas prévu n° 1216, un créancier qui est colloqué concurremment avec la caution, dont il avait reçu une partie de la dette, formât opposition à ce que la somme revenant à cette caution lui fût payée, afin d'exercer ses droits sur cette somme. Cet incident serait jugé par les tribunaux compétents; et la somme litigieuse serait, jusqu'après leur décision, versée à la caisse des consignations, conformément à l'art. 2 de l'ordonnance du 3 juillet 1816.

La manière d'effectuer le paiement des sommes afférentes à chaque créancier par l'effet des répartitions, est aussi prompte qu'économique. Chaque intéressé est prévenu par lettres et sans autre notification.

Des paiements arbitrairement faits par un

caissier, sans remplir ces formalités, ne seraient pas réguliers, et même le caissier qui aurait eu la facilité de verser à quelques créanciers, fût-ce par autorisation des syndics, des sommes quelconques, serait fondé à exiger qu'elles lui fussent réintégrées. Il ne suffit pas toujours, pour être à l'abri des répétitions, d'avoir eu le droit de demander ce qu'on a reçu; il faut encore, comme nous l'avons vu n° 213, que le paiement ait été fait par une personne capable d'aliéner ce qu'elle donne en paiement.

Les hypothécaires ne sont point exclus de ces répartitions, sauf ce qui sera dit, lorsque nous parlerons de cette classe de créanciers.

Chacun reçoit un dividende proportionné à sa créance, à moins que quelques circonstances particulières ne restreignent les droits d'un créancier à une moindre somme, ce qui peut arriver dans l'hypothèse suivante : Pierre, porteur d'un effet souscrit par Paul, et successivement endossé par Jean et Jacques, en faillite, se présente d'abord dans la masse de Paul, et perçoit un dividende de 50 pour cent, puis, dans la masse de Jean, où il en reçoit encore un de 30; il peut, comme nous l'avons dit n° 1211, se présenter dans la masse de Jacques. Mais si cette masse donne 50 pour cent, il est évident qu'il recevra plus qu'il ne lui est dû. Dans ce cas, l'excédant rentre dans la masse, et accroît la somme à répartir, à moins qu'il n'y ait lieu à l'application de ce que nous avons dit n°s 1215 et 1255.

Les paiements sont faits d'après l'état de répartitions dressé par les syndics, et approuvé par le juge-commissaire. La signature du créancier ou de son fondé de pouvoir, en marge de cet état, sert de décharge au caissier; mais aucun paiement ne peut être fait que sur la représentation du titre constitutif de la dette que le créancier retire du dépôt où il aurait pu le placer dans le cas prévu n° 1186, ou, si la dette n'était pas contractée par un titre, sur la production de l'extrait du procès-verbal d'admission. Le créancier ne pouvant être obligé de remettre son titre quittancé, qu'autant qu'il est payé intégralement, le dividende payé par chaque masse est énoncé sur son titre; cette précaution a pour objet d'empêcher que le créancier d'une dette solidaire ne touche, par sa collocation dans plusieurs faillites, au delà de ce qui lui est dû.

On voit par là que le dividende payé par plusieurs masses, sur un même titre, pourrait éteindre entièrement une créance. Il importe alors de savoir à laquelle de ces faillites le titre soldé et acquitté doit rester.

Cette difficulté se résout à l'aide d'une distinction. Ou il s'agirait d'une obligation solidaire, collectivement souscrite par les faillis, ou seulement d'une obligation principale, garantie par un cautionnement solidaire. Dans le premier cas, comme la dette solidaire se divise de plein droit entre les codébiteurs, et que chacun a un intérêt égal à posséder le titre, s'il se présentait quelques difficultés, ce serait aux tribunaux à décider à qui d'entre eux ce titre doit être remis en dépôt, sous la condition, toutefois, de l'exhiber à la première réquisition de ses codébiteurs. Dans le second cas, il n'en serait pas de même : la caution obligée à l'égard des tiers est, comme nous l'avons dit n° 219, subrogée à leurs droits, lorsqu'elle paie pour l'obligé principal. Il est bien vrai que l'état de faillite empêche l'effet de son recours, dès l'instant que la masse de l'obligé a payé son dividende au créancier. Mais le failli pourrait provoquer sa réhabilitation, et, dès lors, le recours n'est plus douteux : ainsi, dans ce dernier cas, la remise du titre devrait être faite à la masse de cette caution.

§ IV. *De la Vente et de l'Ordre du prix des immeubles.*

1265. Les fonctions des syndics définitifs sont encore de poursuivre, en vertu du contrat d'union, et sans autre titre, la vente des immeubles du failli, sans qu'il soit nécessaire d'appeler ce dernier. Ils sont tenus de procéder, dans la huitaine, à cette vente, qui s'opère devant le tribunal civil [1], suivant un avis du conseil d'état, approuvé le 9 décembre 1810.

Ils ne pourraient, pas plus que les syndics provisoires, dans les cas dont nous avons parlé n° 1179, même d'accord avec le failli, consentir que le tribunal renvoyât la vente devant un notaire. C'est au tribunal seul à qui il appartient de prononcer ce renvoi, s'il le croit utile, comme lorsqu'il s'agit de vendre les biens des mineurs, auxquels on assimile ceux des faillis.

Nous n'entrerons dans aucun développe-

[1] Cass., 3 oct. 1810. Dalloz, t. 5, p. 401

ment sur les formalités à observer, parce qu'elles sont étrangères aux tribunaux de commerce ; nous nous bornerons à dire que tout créancier, même chirographaire, peut, dans la huitaine, surenchérir d'un dixième le prix de l'adjudication, en se conformant aux règles du droit commun sur les surenchères en cas d'aliénation volontaire [1]. Cette faculté ne paraît pas déroger à celle que le droit civil accorde à toute personne, même non créancière, de surenchérir d'un quart dans le même délai : car autrement il y aurait moins de précautions prises pour assurer la vente, à juste prix, des immeubles d'un failli, que pour garantir celle des biens de tout autre débiteur, puis que le droit de surenchérir serait limité aux seuls créanciers, au lieu d'appartenir à toute personne indistinctement [2].

Une action en expropriation pourrait avoir été commencée avant la nomination des syndics définitifs, comme on l'a vu n° 1164 ; elle doit être poursuivie par celui qui l'a intentée, suivant les formes déterminées pour les ventes sur saisies immobilières.

1266. Quoiqu'en général l'ordre du prix des immeubles vendus en justice doive être fait devant le tribunal civil de la situation des biens [3], il ne peut en être de même dans une faillite qui ne se réduit pas à des poursuites partielles sur certains objets, mais qui comprend l'universalité des biens du failli [4]. C'est donc devant le tribunal civil du lieu de l'ouverture, que l'ordre des biens, quelque part qu'ils aient été vendus, doit être faits [5]; on doit autant que possible réunir tout dans la même opération, et l'on suit les règles ordinaires de la procédure.

Nous ne croyons pas devoir nous en occuper; nous nous bornerons à développer une question de grand intérêt sur le concours des créanciers hypothécaires dans cette masse et dans la masse chirographaire.

Il pourrait arriver que, la distribution du mobilier précédant l'ordre du prix des immeubles, des créanciers hypothécaires qui viennent en ordre utile eussent pris part aux répartitions, suivant le droit qui leur a été reconnu n° 1264 : chacun d'eux n'en est pas moins colloqué dans l'ordre comme s'il n'avait rien reçu. Mais lorsqu'il se présente pour être payé du montant de son bordereau, on en déduit la somme qu'il a reçue dans la contribution mobilière. Le montant de cette déduction ne profite pas aux créanciers hypothécaires dont les inscriptions sont postérieures ; il est reporté comme nouveau recouvrement dans les sommes qui doivent être distribuées aux chirographaires.

Si, au contraire, l'ordre des immeubles précède la distribution mobilière, le créancier hypothécaire est colloqué dans son rang pour toute sa créance, et ne vient prendre part à cette dernière distribution que pour ce qui n'aurait pas pu être colloqué dans l'ordre, par l'effet de l'insuffisance du prix des immeubles hypothéqués à cette même créance.

Si le créancier hypothécaire, après avoir été compris dans la contribution mobilière, ne touchait, dans l'ordre des immeubles, qu'une partie de sa créance, par insuffisance du prix net de ceux qui lui étaient hypothéqués, ses droits dans la masse chirographaire seraient définitivement réglés d'après les sommes dont il resterait créancier, déduction faite de ce qu'il a reçu dans l'ordre des immeubles; en conséquence, et si les deniers qu'il a touchés, dans la distribution mobilière, excédaient le dividende qu'aurait dû y obtenir la partie de sa créance qui n'a pas été payée par le moyen de l'ordre, l'excédant de cette partie lui est retenu pour être versé, comme on l'a vu, dans la masse chirographaire.

1267. Des exemples rendront cette théorie plus sensible.

Le montant des dettes est de 600,000 fr., savoir, à cinq hypothécaires, ainsi qu'il suit :

A Pierre. .	150,000 fr.	350,000 fr.
A Paul. . .	80,000	
A Jacques.	60,000	
A Jean. . .	20,000	
A René. . .	40,000	

Et en dettes chirographaires, à 250,000 fr.
Total pareil. . . . 600,000 fr.

Première hypothèse. Les immeubles

[1] Cass., 21 nov. 1827. J. du 19e s., 1828, le, p. 9.

[2] Dalloz, t. 15, p. 211, n. 7; mais voy. Boulay-Paty, n. 442.

[3] Réglement de juges, 13 juin 1809, 3 janv. 1810; et 3 sept 1812

[4] Voy. dans ce sens Boulay-Paty, n. 440, et en sens contraire, Dalloz, t. 15, p. 212, n. 12 et 15.

[5] Réglement de juges, 30 juin 1824

étant vendus 310,000 fr., avant que le mobilier ait pu être entièrement réalisé, l'ordre du prix en provenant, que nous supposerons réduit, par le prélèvement des frais, à 300,000 fr. net, se fait autant que la contribution du mobilier ait pu avoir lieu.

Les trois premiers hypothécaires sont payés en entier; le quatrième ne reçoit que 10,000 fr. sur sa créance; le dernier ne reçoit rien.

Le mobilier est vendu, tous frais déduits, 150,000 fr.

On n'appelle et on ne comprend point, dans la contribution mobilière, les créanciers hypothécaires qui ont été colloqués en entier. Jean, qui n'a reçu que 10,000 fr., c'est-à-dire moitié de sa créance, y sera compris comme créancier de 10,000 fr. René, qui n'a point été colloqué, y sera compris pour la totalité des 40,000 fr. qui lui sont dus. Les créances chirographaires s'élevant à 250,000 fr., y seront comprises dans la même proportion; et comme le total de ce qui est à distribuer est supposé, tous frais prélevés, être de 150,000 fr., moitié des 300,000 fr. à quoi se montent les créances à payer, chacun recevra 50 pour cent de ce dont il sera créancier.

Seconde hypothèse. Les deniers mobiliers sont distribués avant le prix des immeubles.

Les créanciers hypothécaires ayant tous, comme on l'a vu n° 1264, droit d'y prendre part, et n'ayant encore rien touché sur leurs créances, viendront pour la totalité de ce qui leur est dû concurremment, au marc le franc sur la masse mobilière.

La masse des créanciers venant à la contribution sera de 60,000 fr.; laquelle somme est quadruple du montant de l'actif mobilier, que nous avons supposé être de 150,000 fr. Chaque créancier recevra donc un quart de ce qui lui est dû. Ainsi, les hypothécaires recevront, savoir :

Pierre.	37,500 fr.
Paul.	20,000
Jacques.	15,000
Jean.	5,000
René.	10,000
Et les chirographaires. . .	62,500
Total. . .	150,000 fr.

On voit que, dans cette seconde hypothèse, les créanciers chirographaires n'ont que le quart de leur créance, au lieu de la moitié qu'ils recevaient dans la première.

Cette injustice sera réparée lorsque les immeubles auront été vendus, et que l'ordre en aura été fait. Au lieu de colloquer les créanciers hypothécaires, seulement pour ce qui leur est dû, on les colloquera comme s'ils n'avaient rien touché, c'est-à-dire, Pierre, pour 150,000 francs; Paul, pour 80,000 fr.; et ainsi de suite. Il s'ensuivra que les trois premiers toucheront la totalité de leur créance, encore que déjà la contribution mobilière leur en eût remboursé le quart. Mais comme cela n'est pas juste, on leur fera déduction, lorsque la caisse de la faillite acquittera les bordereaux de collocation délivrés à leur profit, du quart qu'ils ont perçu dans la contribution mobilière; et ces sommes seront reversées dans la masse chirographaire, pour être la matière d'une nouvelle contribution.

Le quatrième créancier hypothécaire ayant touché seulement la moitié de sa créance dans l'ordre, ne reste chirographaire que pour l'autre moitié. Ce n'est que pour cette moitié qu'il aurait dû figurer dans la contribution mobilière; on a vu, néanmoins, qu'il y a pris part pour la totalité, et qu'il a reçu le quart de 20,000 francs, au lieu du quart de 10,000 fr.; la retenue de 2,500 francs lui sera donc faite sur son bordereau. Quant au dernier créancier hypothécaire, puisqu'il n'a rien touché dans l'ordre, il reste purement chirographaire pour la totalité.

Les sommes entrées dans la masse chirographaire, par retenue sur les hypothécaires, comme il vient d'être dit, seront distribuées; et, par ce moyen, le résultat de la seconde opération se trouvera semblable à celui de la première.

SECTION IV.

De la Fin de l'union et de ses Effets.

1268. Lorsque la liquidation est terminée, les créanciers convoqués à la diligence des syndics, s'assemblent sous la présidence du juge-commissaire. Les syndics rendent leur compte, qui est en même temps celui du caissier, dont le reliquat forme la dernière répartition, et l'émargement donné par chaque créancier sert de quittance défini-

nitive. Alors l'union est dissoute. Mais cette dissolution n'a lieu qu'après que la totalité des facultés du débiteur a été épuisée ; tant qu'il y a des recouvrements à faire, quelle que soit la distance des lieux où ils pourront être opérés, et le temps nécessaire pour y parvenir, l'union et, par suite, les pouvoirs des syndics, la surveillance du juge-commissaire, et l'action du tribunal subsistent; par conséquent, s'il était survenu, au cours de la faillite, des biens au débiteur, ses créanciers pourraient en poursuivre la vente, comme nous le verrons, en parlant de la cession judiciaire [1].

Il n'est pas douteux que le failli n'ait le droit d'intervenir à cette reddition de compte, et de contester les dépenses ou d'exiger des forcements en recettes. Plus son actif est considérable, plutôt il peut parvenir à sa libération ; mais s'il a négligé d'user de ce droit, le compte est réputé accepté par lui, et il ne peut l'attaquer que par les voies que le droit commun accorde pour la réparation des erreurs ou omissions [2]. Le failli reste débiteur de tout ce que les créanciers n'ont pas reçu par l'effet des distributions.

Mais ce principe incontestable présente plusieurs difficultés dans son application. Ainsi, on peut demander si le sauf-conduit et la défense d'obtenir ou d'exécuter contre lui des condamnations par corps qui auraient été prononcées, subsistent encore, comme on l'a vu nos 1145 et 1149.

On ne peut se dissimuler que plusieurs des motifs qui ont donné lieu à cette faveur ne continuent d'exister. La même impossibilité de payer frappe le failli; car nous supposons qu'il n'a point acquis de nouvelles ressources, ou que, s'il en a acquis, elles sont entrées dans la masse dont la distribution est finie.

Nous ne croyons pas, toutefois, que le sauf-conduit et la défense d'obtenir des condamnations par corps subsistent après que l'union est terminée. La juridiction extraordinaire du tribunal de commerce qui, dans tout autre cas, ne peut accorder de sauf-conduit, est finie avec les opérations de la faillite [3]. Les demandes que feraient des créanciers non payés, par quelque cause que ce soit, quand même ils ne se seraient pas présentés à la vérification, ne peuvent plus être dirigées contre les syndics dont l'administration est terminée. Le débiteur reste, et peut, seul, être poursuivi. Il n'a qu'un moyen d'échapper à la contrainte par corps, c'est la cession de biens dont nous parlerons dans le titre sixième. Les tribunaux pourront, il est vrai, prendre en considération qu'il n'a encore rien acquis, depuis que la faillite l'a entièrement dépouillé, et lui accorder des délais ; mais c'est une grâce qui ne résulte plus de l'état de la faillite. De même ceux à qui l'effet de leurs poursuites serait de procurer quelque paiement, ne seront point tenus d'en faire rapport au profit des autres créanciers moins exigeants ou moins habiles qu'eux, comme ils l'auraient été pendant tout le temps qui a précédé la dissolution de l'union.

1269. Nous sommes naturellement amenés à examiner si, avant de s'unir, ou bien au cours de l'union, les créanciers qui n'ont pas pu, ou n'ont pas voulu faire un concordat avec le failli, peuvent s'arranger avec lui, et le réintégrer dans l'administration de ses biens.

On peut, pour la négative, tirer argument de ce que la loi garde le silence le plus absolu à cet égard ; de ce que tout son contexte semble s'y refuser, et avoir si bien entendu que la faillite finissait seulement à la dernière distribution, qu'elle a donné aux créanciers défaillants le droit de se présenter jusqu'à ce moment, faculté dont ils seraient privés si le failli était réintégré, et si les distributions n'avaient pas lieu.

Néanmoins, s'il est vrai de dire que, hors le moment de grâce où se fait le concordat, la minorité n'est point obligée de céder à la majorité, il semble juste que les créanciers unanimes puissent prendre, avec leur débiteur, des arrangements susceptibles de diminuer leurs chances de perte, mais auxquels ne s'appliqueraient pas les dispositions favorables sur les concordats [4].

Cette considération est toutefois balancée par d'autres qui ne sont pas moins puissantes. Le failli peut ne pas tenir ses engagements. L'état de la faillite reprendra, puisqu'alors il n'aura point cessé légalement. Mais, dans l'intervalle, il n'y aura point eu de surveillance sur sa conduite, point de garantie, par conséquent, pour les créanciers

[1] Règlement de juges, 2 déc. 1806.
[2] Rejet, 15 mars 1826.
[3] Cass., 9 mai 1814.
[4] Cass., 3 janv. 1820.

encore inconnus. Si les signataires doivent s'imputer d'avoir été trompés dans leurs espérances, ils n'ont pas pu exposer ainsi les droits des autres.

Cependant, si la totalité des créanciers dont l'union est composée, tant ceux qui étaient connus et vérifiés au moment où elle a été formée, que ceux qui se sont fait admettre depuis, se décidaient à donner des délais à leur débiteur, en lui rendant la disposition de sa fortune; si, faisant connaître au tribunal la justice de leurs motifs et l'avantage bien évident qu'ils espèrent retirer de cette concession, ils demandaient que le régime des syndics, ainsi que la surveillance du juge-commissaire, cessassent, le tribunal, après s'être assuré de la sincérité de ces motifs, surtout que l'on n'a employé aucune mauvaise voie pour effrayer les créanciers et obtenir des consentements qui n'auraient pas été parfaitement libres, pourrait l'ordonner.

Mais l'accord des créanciers vérifiés, même unanimes, ne peut produire cet effet, sans l'intervention du tribunal, avec d'autant plus de raison que, lorsqu'il s'agit de vendre à forfait les créances de l'union, son approbation est nécessaire. Il est juste d'ailleurs que, dans le cas que nous examinons, il ait seul le droit de suppléer, par l'équité au silence du législateur. Au surplus, il ne doit se décider à cette mesure qu'en prenant des précautions pour les créanciers inconnus qui se présenteraient, en exigeant, dans leur intérêt, un cautionnement dont il déterminera la quotité et la durée.

Le failli, que cet accord unanime des créanciers rétablirait dans l'administration de ses biens, en reprendrait la libre disposition. Les engagements qu'il souscrirait, les hypothèques ou les aliénations qu'il consentirait, ne seraient frappés d'aucune présomption légale de fraude, soit à son égard, soit à celui des tiers; et alors même qu'une impuissance de remplir ce qu'il a promis l'obligerait à une nouvelle faillite, les actes intermédiaires ne pourraient être annulés que si la fraude en était prouvée, ou s'ils avaient été faits, relativement à la nouvelle faillite, dans les délais indiqués n°s 1131 et suivants.

Il est facile, si l'on adopte les raisons que nous venons d'exposer, de décider un autre cas qui peut se présenter souvent : un commerçant est tombé en faillite, et, à défaut de concordat, il y a union des créanciers. Des ressources nouvelles arrivent au failli; il offre de payer tous les créanciers connus et vérifiés au moment de cette offre. Nous pensons que sur la preuve du paiement intégral de ces créanciers, et leurs mainlevées et décharges pures et simples, les syndics doivent être condamnés à rendre compte au failli et à le réintégrer dans ses biens; car pour qui administreraient-ils, et à qui auraient-il comptes à rendre, puisque tous les créanciers sont satisfaits!

Mais si, indépendamment des créanciers vérifiés et formant l'union, il en existait d'autres dont les droits seraient constatés par le bilan, ou par tous autres actes et renseignements de la faillite, la demande en mainlevée ne pourrait être accueillie qu'après qu'il aurait été constaté que ces créanciers sont satisfaits, ou jugé qu'ils sont sans droits; car, à la différence du concordat qui est valablement voté par les présents, et à la délibération duquel ne peuvent assister que ceux dont les créances ont été vérifiées, l'union a pour effet d'investir les syndics du droit d'administrer dans l'intérêt; non-seulement des créanciers vérifiés, mais encore de ceux qui peuvent se présenter à la vérification jusqu'à la dernière distribution. Que le silence gardé par ces créanciers ne puisse être un obstacle à ce que l'union traite avec le failli, on le conçoit; et, nous l'avons dit, ils ont à s'imputer ce silence. Mais s'ils se sont fait connaître, ils doivent aussi être appelés à consentir l'arrangement avec le failli.

CHAPITRE X.

De la Revendication.

1270. La revendication est l'action par laquelle on réclame une chose dont on se prétend propriétaire; elle peut avoir lieu de la part d'un commerçant contre un autre, dans différents cas, étrangers à la faillite, que nous ferons connaître en traitant de la procédure dans la septième partie. Lorsqu'elle est exercée contre la masse des créanciers d'un failli, elle a pour objet d'en faire distraire certaines choses qui s'y trouvent, pour les attribuer exclusivement au revendiquant, soit qu'il les réclame comme n'en

ayant jamais transféré, ni voulu transférer la propriété au failli; soit qu'après s'être dépouillé de la propriété de ces choses en faveur du failli, sous la foi qu'il en serait payé, il veuille en faire résilier la vente, faute de paiement, et en recouvrer la propriété.

On voit en quoi la revendication diffère du droit, dont nous avons parlé n° 1261, que quelques créanciers privilégiés ont de faire distraire de l'actif des sommes produites par les objets sur lesquels ils avaient privilége, afin de se les faire attribuer spécialement.

L'époque de la faillite à laquelle la revendication peut être formée est indifférente. C'est une action qui peut, suivant que le préfère celui qui l'intente, être dirigée contre les syndics provisoires, en se conformant aux règles que nous avons données n° 1176, ou même être retardée jusqu'à l'entrée en fonctions des syndics définitifs; et ces administrateurs peuvent en contester la validité ou la vérité, lors même que les agents provisoires l'auraient admise [1].

La nature de la convention ou de la négociation qui a fait passer la chose revendiquée dans les mains du failli, décide de la compétence dans ce cas. Quel que soit le tribunal qui en connaisse, les principes sont les mêmes; et quelle que soit la cause de la revendication, le revendiquant doit rembourser à la faillite, ou si le failli ne l'a pas encore fait, acquitter les frais de voiture, fret, assurance, commission, conservation et autres dus à l'occasion des objets revendiqués; du reste, jamais elle ne peut avoir lieu au préjudice des droits de douane et autres semblables, et des amendes dues au trésor public, à l'occasion des objets revendiqués[2].

Nous diviserons ce chapitre en deux sections; la première traitera de la revendication à titre de propriété, la seconde, de la revendication exercée par le vendeur non payé.

SECTION PREMIÈRE.

De la Revendication fondée sur un titre de propriété.

1271. Quiconque est en état de justifier qu'on a compris dans l'actif d'une faillite, des objets, meubles ou immeubles, dont il est propriétaire, a droit de les revendiquer; il ne peut pas être d'une condition moins favorable que celui qui prétendrait que des effets qui lui appartiennent ont été compris dans la saisie mobilière interposée sur un tiers, entre les mains duquel ces objets se trouvaient momentanément. Si les objets qu'il avait droit de revendiquer à ce titre de propriété, avaient été vendus à la requête des administrateurs de la faillite, il aurait le droit d'en revendiquer le prix contre la masse.

La revendication suppose que le propriétaire réclame une chose dont le possesseur ne l'a pas dépouillé injustement, autrement il y aurait lieu à former une réintégrande qui n'est jamais, par sa nature, de la compétence des tribunaux de commerce, d'après les principes que nous avons établis n° 53. Nous ne dirons rien ici des revendications d'immeubles qui ne peuvent jamais être l'objet de questions commerciales.

Les cas principaux de revendication de meubles, sont: 1° celle qui résulte de prêt à usage fait au failli; 2° celle qui résulte d'une vente faite par le failli avant que la faillite fût déclarée; 3° celle qui résulte du contrat de dépôt; 4° celle qui résulte du contrat de nantissement; 5° celle qui résulte du contrat de commission. Nous aurions pu, à la rigueur, comprendre dans cette nomenclature l'exercice du droit de reprise en nature, que nous avons vu, n° 1223, appartenir à la femme du failli; mais dès que nous l'avons expliqué avec tous ses développements dans un endroit plus convenable, il est inutile d'en parler maintenant.

Les différents cas de revendication qui viennent d'être indiqués vont faire l'objet de cinq paragraphes.

§ Ier. *De la Revendication résultant du prêt à usage.*

1272. On a vu, n° 468, que le prêt à usage différait essentiellement du prêt de consommation, en ce qu'il ne transmet pas la propriété à l'emprunteur : c'est précisément cette différence qui donne au prêteur le droit de revendiquer dans la masse l'objet prêté dont il n'a pas cessé d'être propriétaire. L'état de faillite de l'emprunteur ne doit point

[1] Rejet, 10 janv. 1821. Dalloz, t. 15, p. 300.

[2] Cass., 11 floréal an 11.

changer la nature des droits du prêteur. Le caractère du prêt à usage, les sentiments qui le plus souvent le déterminent, ne permettent pas toujours qu'on se munisse d'écrit, ou même qu'on prenne des témoins; et s'il est juste de prévenir les fraudes, il est convenable aussi de ne pas obliger à l'impossible des hommes de bonne foi. C'est aux mandataires de la masse qu'est confié le soin d'apprécier les circonstances, et de consentir, s'il y a lieu, la remise des choses réclamées, ou de la contester.

§ II. *De la Revendication résultant d'une vente faite par le failli avant sa faillite.*

1273. Les principes généraux sur les ventes commerciales que nous avons développés nos 267 et suivants, peuvent facilement faire connaître comment il arrive que des ventes, parfaites par le consentement des parties, donné de bonne foi avant la faillite du vendeur, n'aient cependant pas reçu leur exécution avant cet événement, par la livraison de l'objet vendu.

Pour reconnaître quels sont les droits de l'acheteur, en pareil cas, contre la masse, il faut se reporter à la distinction que nous avons établie, nos 187 et 278, entre les corps certains et déterminés, et les choses indéterminées, ainsi qu'à l'application que nous en avons déjà faite aux faillites, no 1177. Il pourrait s'élever quelques difficultés dans le cas de connexion fortuite des objets revendiqués par l'acheteur, avec d'autres appartenant, soit au failli, soit à des tiers. Par exemple, Pierre achète de Jacques une certaine quantité de blé, individualisé par son placement dans un magasin déterminé, un incendie oblige de le mêler avec d'autres blés appartenant au failli, qui étaient dans d'autres parties de l'édifice; l'acquéreur n'en conserve pas moins le droit de revendiquer [1]. La survenance d'un cas fortuit ne change rien à ce que nous avons établi no 279. On procéderait au partage des corps ainsi mêlés, d'après les principes du droit commun. Il en serait de même, par suite de ce qui a été dit nos 296 et suiv., dans le cas d'une vente de corps certains, vendus sous condition de pesage ou de mesurage, essai ou dégustation. Ainsi, l'acheteur de cent muids de blé existant dans *tel* grenier, qui lui avaient été vendus à raison de *tant* par muid, pourra, même après la faillite de son vendeur, former contre la masse une action en délivrance, exiger qu'il soit procédé au mesurage, et faire enlever le blé, en payant le prix convenu pour chaque muid. Il a ce droit quand même la totalité du blé contenu dans le grenier ne lui aurait pas été vendue, et qu'il n'aurait acheté que *tant* de muids, ou une partie aliquote, un quart, une moitié: car il a acheté jusqu'à concurrence de *telle* quantité; et quoiqu'on ne puisse dire que c'est *telle* portion plutôt que telle autre qu'il a achetée, on ne peut nier que ce ne soit une portion de ce que contenait le grenier: il en est devenu propriétaire par indivis, et la vente d'une part déterminée, quoiqu'indivise, dans un corps certain, transmet à l'acquéreur la propriété de ce qui lui est vendu, comme on l'a vu no 277.

L'acheteur de cent barriques de vin existant dans *tel* magasin, qui ne les a pas encore goûtées au moment où son vendeur tombe en faillite, pourra venir demander aux syndics qu'ils lui laissent la liberté de faire cette dégustation; et si le vin est de la qualité convenue, exiger que la délivrance en soit faite. L'acheteur d'un cheval, qui est convenu d'un essai préalable, pourra user du même droit.

Réciproquement les syndics des créanciers du failli qui trouveront avantageux pour la masse de forcer l'acheteur à venir prendre livraison après mesurage, dégustation ou essai, pourraient l'y contraindre et user contre lui des mêmes droits qu'aurait eus le vendeur lui-même. Seulement il ne faut pas perdre de vue que si la condition avait rendu le contrat suspensif dans son existence et non dans le mode d'exécution; par exemple, si un commerçant avait, avant la faillite, vendu des corps certains, sous la condition suspensive qu'il n'y aura de vente que si *tel* navire arrive *tel* jour de *tel* mois, l'acheteur ne pourrait exercer ses droits qu'en donnant caution de rapporter, au cas où l'événement serait tel que le contrat ne doive pas avoir d'exécution: c'est la conséquence de ce que nous dit nos 184, 828 et 864.

Un failli pourrait avoir vendu des choses indéterminées qu'il n'a pas livrées, et pour lesquelles, comme on l'a vu nos 156 et 187, l'acheteur n'a qu'un droit de créance en

[1] Rejet, 11 nov. 1812. Dalloz, t. 15, p. 297.

dommages-intérêts résultant de l'inexécution de la vente. Mais si, comme il arrive souvent, l'acheteur avait, à l'avance, payé en effets de commerce qui se trouveraient dans le portefeuille du failli, il aura droit de les revendiquer.

Ces règles si simples peuvent se compliquer dans une foule de cas. Nous avons vu, par exemple, n°s 40 et 563, que les négociations commerciales s'opéraient le plus souvent par des intermédiaires nommés commissionnaires; alors s'élèverait la question de savoir si le commettant, qui a donné ordre à un commissionnaire d'acheter pour son compte un objet quelconque, peut le revendiquer en cas de faillite de ce dernier. Nous nous réservons de l'examiner dans le paragraphe quatrième.

Les principes que nous venons de donner sur les achats faits d'un commerçant tombé en faillite, avant la livraison, s'appliqueraient, par une juste conséquence aux opérations de change qui auraient eu lieu dans les mêmes circonstances. Ainsi, lorsqu'en vertu d'une convention de cette espèce, une lettre a été tirée et envoyée au preneur, si le tireur tombe faillite avant même qu'elle soit parvenue à son adresse, le preneur n'en aura pas moins tous les droits que lui aurait assurés la tradition effective de cette lettre.

On peut aller plus loin, et faire l'hypothèse suivante : Pierre tire une lettre sur Paul au profit de Jean pour payer celui-ci. Il adresse à Jean une lettre d'envoi de cette traite qu'il annonce *jointe*. Mais la traite reste sur son bureau ; et avant qu'il ait fait attention à son erreur, ou que Jean la lui ait fait remarquer, il tombe en faillite. La lettre n'en appartient pas moins à Jean, et les créanciers de Pierre ne peuvent s'opposer à ce qu'il la réclame, ou à ce qu'il se fasse payer, comme en cas d'une lettre de change perdue, suivant les règles que nous avons données n°s 408 et suiv. : c'est la conséquence des principes expliqués n° 272.

§ III. *De la Revendication fondée sur le contrat de dépôt.*

1274. On a vu, n°s 493 et suiv., que le dépôt ne transmet point au dépositaire la propriété de ce qui lui était confié. La conséquence naturelle de ce principe est que le propriétaire des choses confiées, à ce titre, à un commerçant qui tomberait en faillite, puisse les revendiquer, en justifiant de ses droits contre les syndics, qui, à leur tour, peuvent combattre et discuter cette preuve.

Ainsi, celui qui avait adressé des marchandises à un commissionnaire d'entrepôt ou de roulage, pour les conserver à sa disposition, ou les faire parvenir au lieu indiqué, peut les revendiquer, non-seulement dans les magasins de ce commissionnaire, mais dans ceux de commissionnaires intermédiaires, de voituriers ou autres, à qui ce dépositaire primitif ne les aurait transmises qu'à un titre précaire.

Ainsi, ceux qui, dans les cas prévus n° 129, ont déposé, dans les mains d'un courtier ou d'un agent de change, des marchandises ou des effets négociables, peuvent revendiquer dans la masse de sa faillite, ce qui existe encore en nature dans ses magasins ou ses portefeuilles.

Dans la rigueur des principes, le dépôt ne se présume point : le détenteur d'un objet mobilier en est censé propriétaire. Cependant les circonstances peuvent être d'un grand poids, et, comme nous l'avons dit n° 264, les présomptions contraires peuvent combattre celle que nous venons d'indiquer. Ainsi un commerçant a placé des marchandises dans le magasin d'un autre; le propriétaire du magasin tombe en faillite; on appose les scellés, et le propriétaire des marchandises veut les affranchir de cette apposition, ou les en faire distraire, si elle a eu lieu. Sans doute si le magasin lui a été loué, cette convention prouvée, assurera son droit de revendication; mais il peut se faire que l'usage du magasin lui ait été concédé gratuitement, et alors ce fait étant prouvé, par témoins ou de toute autre manière, sa réclamation doit être accueillie [1]. Ainsi, lorsqu'un effet de commerce se trouve, par suite d'un endossement irrégulier, dans le portefeuille d'un failli, il est réputé n'y être qu'à titre de simple procuration de l'endosseur; celui-ci peut, d'après les principes expliqués n° 415, s'opposer à ce que le paiement en soit fait à la masse des créanciers, et par conséquent le revendiquer. L'irrégularité de l'endossement apprend elle-même que le failli n'est pas propriétaire de l'effet. Cette présomption légale en faveur de l'auteur de l'endossement irrégulier, peut néanmoins être détruite par les

[1] Rejet, 15 mai 1827.

syndics, en prouvant que réellement le failli en a compté la valeur. Ainsi souvent il arrive que des matières ou des objets susceptibles d'être travaillés ont été remis, dans cette vue, à un ouvrier; la preuve écrite n'en est pas requise, parce qu'on n'est pas dans l'usage de faire des écrits pour constater ces sortes de dépôts. Ainsi, un enfant majeur, ou mineur émancipé, peut habiter la maison de son père, et avoir un mobilier propre; des commis ou autres préposés peuvent être dans le même cas; ils ont droit de réclamer ces objets, et de les faire distraire de l'actif de la faillite. Il importerait peu que ces objets, au lieu de se trouver dans l'appartement qu'ils occupent, eussent été appliqués à l'usage du commerce du failli : il faudrait toujours en revenir au fait, si ou non celui-ci en était propriétaire, et à cet égard les tribunaux feraient justice aux parties en ayant égard aux circonstances et aux usages du commerce.

Si des marchandises achetées en participation par deux individus, dont l'un serait failli, se trouvaient dans les magasins de ce dernier, le participant, non failli, pourrait aussi les revendiquer, pour continuer seul les opérations de la participation, sauf à rendre compte aux créanciers du failli, comme on l'a vu n° 1066.

Il en serait de même d'un propriétaire qui aurait confié quelques marchandises à revendre pour en partager le profit, dans les cas prévus n° 306, et suivant la distinction que nous y avons indiquée; et de celui qui aurait envoyé au failli des marchandises en condition, c'est-à-dire pour être achetées par lui, après examen ou essai; car, jusqu'à ce que l'accomplissement de la condition suspensive ait donné sa réalité à la vente, la marchandise n'est chez le failli qu'à titre de dépôt et aux risques de l'envoyeur, conformément à ce que nous avons dit n° 297.

On ne doit pas néanmoins perdre de vue les principes donnés, n° 272, que si le dépositaire, par abus de confiance, ou de ses droits, avait vendu la chose qui lui a été remise à ce titre, et en avait reçu le prix, le revendiquant ne pourrait prétendre au prélèvement d'une somme égale à ce prix, sur l'argent trouvé dans la faillite; et même si ce dépositaire infidèle avait, avec cet argent, acheté quelques titres de créances, tels que des actions ou même des objets corporels, le revendiquant ne pourrait davantage exiger qu'on lui en fasse la remise, parce qu'il n'y a point de subrogation de chose.

Mais si le prix des objets ainsi vendus indûment, n'était pas encore payé, le revendiquant pourrait s'opposer à ce qu'il fût versé dans la masse, et se le faire délivrer par les acheteurs. C'est la conséquence de ce que nous dirons n° 1279, pour le cas où des marchandises ont été envoyées à vendre en commission.

Dans tous ces cas, les déposants doivent remplir, envers la masse, les obligations qui résultent du titre sur lequel ils se fondent, ou de la nature de la convention qu'ils invoquent.

Les dépôts d'espèces monnoyées présentent plus de difficultés pour la revendication; et précisément les cas en sont fréquents. Si une somme avait été remise, renfermée dans un sac cacheté, ou dans un coffre, avec ou sans indication d'emploi déterminé, le déposant qui pourrait constater l'individualité de ce dépôt, serait admis à le réclamer; car, quoiqu'il soit vrai de dire que l'argent monnoyé n'a pas de signes particuliers de reconnaissance, la précaution de le renfermer lui a donné l'individualité nécessaire. Mais si une somme a été remise à quelqu'un, sans aucun signe d'individualité, quoiqu'à titre de dépôt, le déposant n'aura pas le droit de revendication, parce qu'il ne sera plus en état de prouver que *telles* pièces sont précisément celles qu'il a déposées.

§ IV. *De la Revendication fondée sur le contrat de nantissement*

1275. Un failli pourrait avoir prêté sur nantissement, et celui qui est son débiteur avoir intérêt à retirer les gages en s'acquittant; ce cas est l'inverse de celui que nous avons expliqué, n° 1203. Celui qui veut, en offrant d'acquitter ses engagements, revendiquer le gage qu'il a donné, n'est pas obligé de produire un acte revêtu des mêmes conditions que s'il se prétendait créancier de la faillite nanti d'un gage, parce que ces conditions nécessaires dans l'intérêt des créanciers contre les tiers, n'étaient pas exigées entre le créancier et le débiteur[1]. Ainsi, un écrit dont rien ne ferait suspecter la bonne foi, la preuve par livres, correspondance ou témoins, serait admise en faveur du

[1] Rejet, 13 juill. 1824.

revendiquant. Mais, d'après les principes que nous avons expliqués nos 272 et 1274, si les objets donnés en nantissement avaient été vendus et livrés à un tiers de bonne foi, le revendiquant n'aurait aucun droit contre lui.

Ces principes et ce droit de revendiquer une chose détenue par un failli à titre de nantissement, peuvent être invoqués fréquemment par un tireur qui aurait envoyé ou laissé à l'accepteur, avant sa faillite, des marchandises ou des effets pour former la provision de lettres de change qui, au moyen de la faillite de cet accepteur, ne seraient pas payées intégralement. S'il était reconnu que le tiré était simple commissionnaire pour vendre les marchandises, et avec le prix acquitter les lettres tirées sur lui, ce serait le cas de revendication du commettant sur le commissionnaire, dont nous parlerons nos 1278 et suivants. S'il résultait des faits que les marchandises étaient un nantissement entre les mains du tiré pour le garantir des suites des acceptations données par lui, il y aurait lieu encore à la revendication, car le nantissement ne transfère pas la propriété au créancier; et si même il n'a été reçu que conditionnellement et pour sûreté de paiements à faire, celui qui l'ayant reçu à ces conditions n'a pas payé, ne pourrait sans injustice conserver les objets reçus par lui à ce titre; ce qu'il ne serait pas fondé à prétendre, la masse de ses créanciers ne le pourrait davantage [1]. Le revendiquant serait seulement obligé de garantir la masse de toutes les suites de l'acceptation donnée par le tiré.

Le droit de revendication appartenant au tireur peut évidemment être exercé par ses créanciers, conformément à ce que nous avons dit no 190. Mais lorsque parmi ces créanciers il s'en trouve qui sont porteurs des lettres dont les marchandises revendiquées étaient la provision, pourraient-ils obtenir un droit de préférence? Nous croyons qu'on doit la leur accorder chaque fois que les tribunaux reconnaissent par ces circonstances que ces marchandises ont été considérées comme provision spéciale et nantissement, sur la foi desquels les lettres auraient été prises par les tiers [2]. Il importerait peu que les lettres eussent été ou non acceptées, car on a vu, no 416, que le porteur d'une letttre de change protestée, lors même qu'il a perdu son recours contre le tireur et les endosseurs, a une action contre celui sur qui elle était tirée; or, lorsque la lettre n'a pas été acceptée, ces droits ne peuvent résulter de l'acceptation; ils résultent donc du fait de la provision faite entre les mains du tiré.

Les porteurs de lettres de change concurremment, si le montant de la provision ne peut suffire au paiement de toutes les lettres faites qui seraient dans le cas prévu, nous paraissent donc fondés à réclamer la provision à l'exclusion des autres créanciers du tireur.

Il est bien entendu, toutefois, que ce droit exclusif ou de préférence sur la provision, cette sorte de saisine que leur a procurée la délivrance des lettres de change à leur profit, ne peut être invoqué, sans restriction, contre celui sur qui ces lettres étaient tirées, ou contre la masse de sa faillite. Les paiements que le tiré aurait faits de bonne foi, soit au tireur, soit à toute autre personne qui en exerçait les droits; la compensation qu'il aurait acquise contre le tireur, avant qu'il ait été requis de s'engager directement au paiement par l'acceptation de la lettre, ne pourraient être contestés qu'autant qu'ils seraient le résultat d'un concert frauduleux, ou postérieurs à son acceptation.

Ce que nous venons de dire ne pourrait recevoir son application si, au lieu d'avoir été remises au failli comme garantie de la provision, les marchandises lui avaient été transmises en propriété pour être payées par lui en acceptations de lettres de change tirées par le vendeur. Par exemple, Pierre tire sur Jacques une lettre de change; et, comme Jacques ne veut pas se hasarder à donner une acceptation à découvert, il exige que Pierre remette, soit entre ses mains, soit entre les mains d'un commissionnaire, qu'il désigne, des marcharchandises ou des effets de commerce, dont le prix ou le montant lui seront versés, pour le couvrir des paiements qu'il aura faits ou devra faire en vertu de son acceptation: dans ce cas, il ne s'est opéré entre eux qu'une sorte de contrat de nantissement, et la voie de la revendication est ouverte au tireur ou à ceux qui exercent ses droits. Mais si, par suite d'une série d'opérations, Pierre envoie des marchandises à

[1] Rejet, 20 juill. 1824, paraît contraire.

[2] Rejet, 28 juill. 1825.

Jacques qui les lui demande, et que, pour se payer, il tire sur lui des lettres de change, bien qu'il soit possible que précisément *telles* marchandises qui se trouvent dans le magasin aient été la cause des traites, et, par conséquent, représentent la provision, les droits de revendication n'existent pas en faveur du tireur; il s'est opéré une véritable vente qui ne peut plus permettre de revendiquer. D'ailleurs, accorder une telle action au tireur, serait permettre d'éluder indirectement les restrictions apportées à la revendication du vendeur.

§ V. *De la Revendication faite par un commettant.*

1276. La revendication de la part d'un commettant peut avoir lieu dans trois cas : 1° pour les marchandises qu'il aurait chargé le failli de lui racheter en commission; 2° pour celles qu'il a envoyées à vendre; 3° pour les effets de commerce qu'il lui a remis, avec destination d'emploi.

ART. I. *De la Revendication de marchandises achetées en commission.*

1277. Un commerçant peut avoir été chargé par un autre de lui faire des achats, et tomber en faillite avant que les choses achetées en commission aient été expédiées au commettant. Ce dernier en est devenu propriétaire, comme nous l'avons vu n° 573. Il peut donc les revendiquer, à la charge, s'il n'a pas fait les fonds, de payer à la masse le montant des avances du commissionnaire, ou d'en acquitter la faillite envers le vendeur.

Sans doute, le commissionnaire est le véritable acheteur à l'égard des tiers; mais, comme nous l'avons dit, n° 564, cette qualité ne change pas ses rapports avec son commettant, dont il n'est que le mandataire; la propriété ne repose pas sur sa tête, et cela est si vrai, qu'il n'est pas besoin qu'une nouvelle vente la transmette au commettant. D'ailleurs, puisque le propriétaire d'un objet remis en dépôt à un commissionnaire peut le revendiquer, en cas de faillite, comme nous l'avons vu n° 1274, encore qu'à l'égard des tiers, le commissionnaire eût été le véritable vendeur, il faut en conclure, par analogie, que celui pour le compte duquel le commissionnaire avait acheté et reçu des marchandises, peut les revendiquer dans la faillite de ce commissionnaire, à qui il avait donné ordre de les acheter, bien que le commissionnaire soit réputé, à l'égard des tiers, être le véritable acheteur.

Les droits du commettant, propriétaire des marchandises revendiquées, pourraient aussi être exercés par celui qui serait porteur de lettres de change dont ces marchandises étaient la provision, suivant les principes expliqués n° 1273, sans préjudice, toutefois, du privilége et du droit de rétention du commissionnaire; il y aurait lieu à suivre, dans ce cas, la plupart des règles que nous allons indiquer dans l'article suivant.

ART. II. *De la Revendication de marchandises envoyées à vendre en commission.*

1278. Celui qui a consigné des marchandises pour être vendues, peut, si le commissionnaire tombe en faillite, les revendiquer tant qu'elles existent en nature, en tout ou en partie, chez ce dernier, à la charge de rembourser toutes les sommes que le commissionnaire aurait avancées, soit en vertu de l'usage, soit en vertu d'ordres et de conventions [1]. De même, si, sur la foi de l'envoi de ces marchandises, le failli avait donné des acceptations, ou pris des engagements quelconques, pour le compte du revendiquant, celui-ci ne peut être admis qu'à la charge de libérer la faillite, ou de donner à cet égard les sûretés convenables. L'équité semble même exiger, dans l'intérêt de la faillite, que la revendication n'ait lieu qu'à la charge de payer en entier à la masse tout ce que le revendiquant peut lui devoir, à quelque titre que ce soit; le commettant est, à cet égard, dans la même position que le déposant dont nous avons parlé, n° 1274, sauf les modifications qui résultent du mandat qu'il a donné pour vendre les objets par lui confiés.

La grande complication des opérations commerciales laisse souvent de l'incertitude sur le point de savoir si le failli n'a pas reçu les choses à un titre qui lui en ait transmis la propriété. A cet égard, les preuves et les présomptions varient dans chaque contestation; et les tribunaux peuvent seuls les apprécier.

Il n'est pas nécessaire, pour que le com-

[1] Rejet, 4 juill. 1826. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 90.

mettant exerce ce droit, que les marchandises n'aient subi, en nature et quantité, ni changement ni altération; il suffit qu'on puisse les reconnaître; et si, par quelque cause que ce soit, il ne s'en trouve qu'une partie, la revendication a lieu pour ce reste.

De même, le déplacement de ces marchandises ne serait pas un obstacle à la revendication; elle pourrait être exercée sur celles qui se trouveraient dans quelques lieux de dépôt, ou même chez un correspondant à qui le commissionnaire failli les aurait, à son tour, envoyées, soit en dépôt, soit pour en faire la vente, sauf les priviléges que ce dernier aurait pu acquérir.

Mais si le failli, abusant de la confiance qui lui a été accordée, avait transmis la propriété, dans son intérêt propre, même à titre gratuit, à des tiers de bonne foi, le commettant ne pourrait plus exercer la revendication au préjudice de ces tiers, conformément aux principes expliqués n[os] 272 et 1274. De même, s'il les avait donnés en gage pour ses affaires particulières, le commettant ne pourrait les revendiquer qu'en acquittant la dette dont elles sont la sûreté; sauf, dans tous ces cas, son recours contre le failli, même par voie criminelle.

1279. La nature particulière du contrat intervenu entre le commettant et le commissionnaire, suivant les principes expliqués n[os] 563 et suivants, ne permet plus que, si le commissionnaire a vendu les marchandises, le commettant les revendique entre les mains des acheteurs, ou qu'il puisse empêcher ceux-ci de les enlever, si elles ne l'étaient pas encore. Peu importerait qu'il prétendît ou prouvât que le commissionnaire a mal exécuté ses ordres, ou qu'il a vendu nonobstant ses défenses.

Mais le prix qui en est dû est subrogé à la chose, et peut être revendiqué. Si les acheteurs le doivent encore, en tout ou en partie, le commettant peut leur signifier une opposition, pour empêcher qu'ils ne versent ce qu'ils doivent dans la caisse de la faillite, et former une demande pour qu'ils le paient entre ses mains. Les créanciers du failli ne pourraient exiger que ces sommes fussent payées à la masse, sauf au commettant à entrer en contribution. Ils n'auraient pas ce droit, même quand le commissionnaire failli se serait chargé du *ducroire*. Cette circonstance particulière ne change rien à la nature des rapports respectifs, parce que le commissionnaire qui se charge du *ducroire* n'acquiert pas la propriété des marchandises, mais donne seulement une sûreté de plus.

Pour l'exercice de cette revendication, le commettant à qui le failli n'aurait pas remis ou adressé, au fur et à mesure, les bordereaux dont nous avons parlé n° 558, peut obtenir l'autorisation de compulser les registres de ce dernier pour connaître les acheteurs, et exercer ses droits contre eux. Il importe peu, dans ce cas, que ces livres n'indiquent que le failli comme vendeur, et ne désignent point pour compte de qui il a opéré, pourvu que les recherches et comparaisons des numéros d'entrée et de sortie des divers objets, le rapprochement des marques, les factures, la correspondance, en un mot, les preuves admissibles en matière commerciale, ou les présomptions laissées à la sagesse des magistrats, offrent les moyens de vérifier si les marchandises du revendiquant ont été l'objet de la négociation pour laquelle ce tiers doit un prix.

1280. Le commettant peut, par suite de ces principes, revendiquer dans la masse les billets que l'acheteur des marchandises aurait donnés, pour leur prix, au commissionnaire failli, et qui se trouveraient, soit en portefeuille, soit entre les mains de tiers-porteurs non propriétaires; pourvu d'ailleurs que de suffisantes indications ne permissent pas de douter qu'ils ont été souscrits précisément pour prix des marchandises du revendiquant. Mais ce droit cesserait évidemment, si le commissionnaire avait cédé le prix dû par l'acheteur à un tiers de bonne foi. Ce tiers est réputé, à l'égard de toutes personnes, propriétaire du prix, comme il aurait pu l'être de ces choses elles-mêmes si le commissionnaire les lui avaient vendues[1].

Si l'acheteur a payé le commissionnaire, le commettant est alors simple créancier de la faillite, pour le prix que le failli a touché. Il n'a aucun privilége sur l'argent qui se trouverait dans la masse, quand même les plus exacts renseignements feraient présumer que cet argent est provenu de la vente. Il ne pourrait y avoir de modification à ce principe que dans le cas, extrêmement rare, où des sacs d'argent auraient été donnés par l'acheteur, cachetés ou revêtus de tout autre

[1] Cass., 23 nov. 1813.

signe d'individualité, avec la destination spéciale d'être remis au commettant, propriétaire des marchandises qui lui ont été vendues.

Néanmoins, si ce n'était que depuis l'ouverture de la faillite que l'acheteur eût payé aux agents ou syndics, le commettant serait fondé à revendiquer le prix touché par la masse, parce que dans une faillite c'est l'époque de son ouverture qui fixe les droits de tous les intéressés, et que, dès le jour de cette ouverture, le commettant a été investi du droit de revendiquer ce qui n'était pas encore payé.

1281. Il s'ensuit que, si le prix a été employé dans un compte courant entre l'acheteur et le commissionnaire failli, la revendication n'a plus lieu au profit du commettant. D'un côté, les marchandises ont été vendues; de l'autre, ce commettant n'a aucun droit contre l'acheteur, qui a aussi valablement payé de cette manière que s'il eût donné une somme effective d'argent; la compensation conventionnelle étant un mode parfait et régulier de paiement.

Il semble toutefois que, dans ce cas, il faut que le compte courant entre l'acheteur et le commissionnaire failli, soit réel; qu'il soit composé d'un crédit et d'un débit réciproques; car si, dans ce compte, simplement ouvert, le failli n'était que *créditeur*, et n'avait point d'articles à son débit, qui eussent pu opérer ou amener une compensation, la fiction par laquelle on suppose que le tiers acheteur a payé le failli céderait à la vérité que ce dernier n'a pas effectivement touché ce prix par une compensation qui exige le concours de deux dettes réciproques, et que ce qui est dû par l'acheteur est précisément le prix des marchandises du revendiquant.

Les circonstances pourraient servir aussi à reconnaître si la totalité du prix des marchandises vendues par le commissionnaire a été appliquée à payer ce qu'il devait personnellement, ou si, cette compensation opérée, il reste encore une partie de ce prix. Dans ce dernier cas, la revendication de cette partie nous semblerait être la conséquence des principes expliqués ci-dessus.

1282. Mais l'inverse peut arriver : les acheteurs peuvent n'avoir pas payé le commissionnaire failli, et celui-ci peut avoir soldé son commettant en ses propres billets ou traites, payables, soit avant, soit après l'époque du paiement du prix provenant des ventes qu'il a opérées; il pourrait même lui avoir fourni des effets par anticipation, et comme un à-compte sur le produit espéré des marchandises consignées. Nous avons prévu ce cas, n° 567. Cette position, qui se présente fréquemment, se compliquerait encore par la circonstance que le commissionnaire répondrait du *ducroire*.

Dans tous ces cas, si, à l'époque de l'ouverture de la faillite, les billets ou effets de commerce du commissionnaire ne sont pas acquittés, ou même ne sont pas échus, le commettant peut, en les rendant à la masse, agir contre les acheteurs qui n'ont pas encore payé, comme dans le cas prévu n° 1279.

On ne peut lui opposer qu'en recevant ainsi des effets de son commissionnaire il a fait novation. Nous avons vu, n° 223, que la novation ne se présumait pas. Les effets qu'il a reçus sont des titres conditionnels qui ne libéreront le commissionnaire de l'obligation de rendre les sommes dues par les acheteurs, qu'autant qu'ils seront acquittés. En les rapportant à la masse, lorsque l'identité et la parfaite application au prix des marchandises en est avouée ou établie par les moyens admis dans le commerce, le commettant est donc recevable à se faire payer directement par ces mêmes acheteurs.

Mais s'il avait quittancé purement et simplement le compte des ventes de son commissionnaire, et reçu de lui des billets ou remises pour solde de ce compte, en lui abandonnant les recouvrements sur les acheteurs, c'est alors qu'il y aurait véritable novation.

1283. Ce droit du commettant de revendiquer le prix de ses marchandises vendues, lorsque les acheteurs n'en ont pas fait le paiement au commissionnaire avant sa faillite, ne nous semble pas devoir être modifié, dans le cas où ces deux correspondants auraient été en compte courant, même pour diverses espèces de négociations, encore bien que le prix des ventes eût été porté au crédit général du commettant. On ne pourrait lui oppposer que, par cet état de compte courant, il est devenu créancier du commissionnaire seul. Cette situation ne nous paraît pas changer leur qualité respective. Il n'y a qu'un cas où la revendication d'un commettant doive cesser, et la nature du contrat de commission commandait cette règle : c'est lorsque les acheteurs ont payé le commissionnaire, soit effectivement, soit fictive-

ment, par compte courant. Mais dès que rien ne prouve ou ne fait présumer qu'ils ont payé le failli, la subrogation du prix à la chose peut recevoir tout son effet sans aucun inconvénient. L'état de compte courant entre le commissionnaire et le commettant ne change rien aux droits qu'a ce dernier, de revendiquer le prix de sa chose entre les mains des tiers qui le doivent encore, sauf à décharger d'autant le débit du commissionnaire.

ART. III. *De la Revendication d'effets de commerce envoyés en commission.*

1284. Un commettant peut avoir fait au failli directement, ou par l'entremise d'un tiers, des remises en effets de commerce ou autres titres de créances, dans l'intention que celui-ci en fît le recouvrement et en employât le montant, suivant des dispositions indiquées ou à indiquer.

Celui qui a fait ces remises est dans la même position que le commettant qui a envoyé des marchandises à vendre ; et les règles que nous venons d'indiquer reçoivent leur application, autant que le permet la nature des choses.

Ainsi, il peut réclamer les effets existants en nature dans le portefeuille du failli ; et, à cet égard, on considère comme existants en portefeuille, les effets qui se trouveraient entre les mains des tiers, revêtus d'endossements irréguliers [1], ou régularisés seulement depuis l'ouverture de la faillite, comme on l'a vu n° 346 ; et conformément aux principes expliqués n° 350, ce détenteur ne serait pas admis à prouver, par des renseignements ou autres preuves extrinsèques, que les effets lui avaient été transmis à titre de propriété ou même de nantissement [2].

A la vérité, par suite de ce que nous avons vu n° 1278, si le failli en a transféré la propriété à des tiers de bonne foi, par des endossements réguliers antérieurs à la faillite, la revendication en nature ne peut avoir lieu. Mais si le prix en est encore dû, en tout ou en partie, le commettant a droit de s'en faire payer, et même de réclamer dans la faillite, les billets ou titres de créances donnés en paiement par ces tiers, lorsqu'il en existe, comme nous venons de le dire pour les marchandises, et sous les mêmes conditions.

1285. Il ne nous paraît pas que le droit de revendication soit limité au seul cas où les effets auraient été envoyés au failli avec un endossement irrégulier qui, suivant ce qui a été dit n° 353, n'équivaut qu'à une procuration. De quelque manière que l'endossement soit causé, si des preuves non suspectes établissent que la transmission a eu lieu avec destination d'un emploi déterminé ou indiqué par le cédant, et que cette destination n'ait pas eu son effet, le cédant peut exercer la revendication ; le failli est moins réputé acheteur que commissionnaire. Mais celui qui revendique doit justifier que la faillite est dégagée de toute obligation, à raison des acceptations ou endossements que le failli a pu donner sur la foi de ce nantissement.

Il en serait de même, encore que la transmission par endossement régulier eût été faite sans destination d'emploi, si les circonstances que nous avons indiquées, n° 350, démontraient qu'il n'a été, dans la réalité, qu'une simple procuration. Par exemple, et ce cas n'est pas rare, le propriétaire d'un effet de commerce peut avoir chargé un ami d'en faire le recouvrement, à titre de simple commission. Ce commettant, pour éviter des compensations, des exceptions de la part du débiteur, moyens que celui-ci ne serait pas admis à opposer au tiers-porteur, peut avoir rédigé son endossement, *valeur reçue comptant*, quoiqu'il soit bien établi et constant que l'effet n'était entre les mains du failli qu'à titre de procuration ; la masse de ce dernier, qui n'a pas plus de droits qu'il n'en avait lui-même, ne peut se fonder sur ce que cet endossement a tous les caractères capables d'en transférer la propriété, pour en conclure que le failli soit véritablement propriétaire ; et c'est aux tribunaux à apprécier les preuves qui sont à la charge du réclamant.

SECTION II.

De la Revendication faite par un vendeur, des choses par lui vendues et livrées.

1286. Une vente pourrait avoir été faite sous une condition suspensive ou résolu-

[1] Rejet, 5 fév. 1812. Dalloz, t. 15, p. 331.

[2] Cass., 18 nov. 1812. Dalloz, t. 12, p. 304.

toire, conformément aux principes expliqués nos 184 et 239. Au premier cas, lorsque, dans l'intervalle entre le contrat et l'époque à laquelle la condition devait être réalisée, l'acheteur est tombé en faillite, il est sans difficulté que le vendeur, qui n'a pas rendu le contrat pur et simple en faisant livraison sans attendre l'événement de la condition, peut refuser, lors de cet événement, l'accomplissement du contrat, à moins que les représentants de la masse n'exécutent, dans toute leur étendue, les obligations contractées par le failli : c'est la conséquence de ce que nous avons dit no 1128.

Si la vente a été faite sous une condition résolutoire, et que la chose vendue n'ait pas encore été livrée, il ne peut y avoir de difficulté; le vendeur peut refuser de livrer, si on ne lui paie l'intégralité du prix promis. Mais si la chose est livrée, il y a une distinction à faire. Toute clause résolutoire, fondée sur une autre cause que le défaut de paiement, peut être invoquée et doit recevoir son exécution, si les choses vendues existent encore dans l'actif du failli, avec les caractères d'individualité qu'elles avaient lors de la livraison. Quant à celle qui résulterait du défaut de paiement, soit qu'elle ait été stipulée, soit qu'elle ne fût que la conséquence et l'application de la clause résolutoire, sous-entendue dans tout contrat synallagmatique, il y a des règles particulières que nous allons faire connaître.

Ces règles ne sont pas moins applicables à celui qui a vendu des marchandises, qu'à celui qui a cédé, par endossement, des effets de commerce. Mais, comme il y a quelques différences qui tiennent à la nature des choses, nous en ferons l'objet de deux paragraphes, l'un relatif aux marchandises, l'autre relatif aux effets de commerce.

§ Ier. *De la Revendication des marchandises vendues et non payées.*

1287. Le vendeur qui n'a pas encore livré les marchandises vendues, n'a pas besoin du secours de la revendication; il peut les retenir jusqu'à ce qu'on l'ait payé, comme nous l'avons vu nos 289 et 1128. Ainsi, nous n'avons à nous occuper ici que de la revendication que veut exercer celui qui aurait livré des marchandises dont la faillite de l'acheteur lui fait craindre de perdre le prix.

Il ne faut pas entendre ici par *livraison* la transmission de propriété qui, dans plusieurs cas, a lieu, suivant les principes expliqués no 277, par la seule convention. Nous entendons par ce mot, le transport de la chose en la possession réelle de l'acheteur, ou de celui qui est chargé de la recevoir pour lui.

Ainsi, lorsqu'une coupe de bois a été vendue par un propriétaire, à un commerçant qui depuis est tombé en faillite, le vendeur, quoique la seule convention ait rendu l'acheteur propriétaire, peut s'opposer à ce que l'exploitation soit commencée. Nous verrons, no 1291, ce qui aurait lieu si l'acheteur avait fait cette exploitation avant de tomber en faillite.

Ainsi, quoique la marchandise susceptible d'être comptée, pesée, ou mesurée, soit aux risques de l'acheteur dès l'instant du compte, du pesage, ou du mesurage, ou quelquefois même dès l'instant qu'elle a été marquée de signes d'individualité, si elle est restée dans les magasins du vendeur, celui-ci pourra, dans les cas où la faillite arriverait avant l'enlèvement, s'opposer à ce qu'il ait lieu.

Ainsi, lorsque, par une clause particulière de la convention, le vendeur s'est obligé de faire transporter par ses soins la chose vendue dans le domicile ou les magasins de l'acheteur, ou dans tout autre lieu désigné par celui-ci, la marchandise ainsi en route n'est pas présumée livrée, et le vendeur peut refuser de s'en dessaisir, si on ne le paie, soit qu'il ait vendu, ou non, au comptant, puisque la faillite rend toutes les créances exigibles.

Il importerait peu, pour l'exercice de ce droit, que l'acheteur eût vendu ces mêmes marchandises à un tiers, même sur facture et lettre de voiture, comme dans le cas qui sera prévu no 1290; ou que les marchandises eussent éprouvé quelque changement ou détérioration, comme dans le cas qui sera prévu no 1292, parce qu'il ne s'agit point ici de marchandises livrées qu'on revendique, mais de marchandises non livrées, que le vendeur retient et refuse de livrer jusqu'à ce qu'on le paie.

Il est inutile de faire observer qu'il ne peut être ici question que des ventes parfaites; car, en ce qui concerne des ventes sous con-

dition suspensive, ce serait le cas d'appliquer ce que nous avons dit nº 1274.

1288. Mais, lorsque la marchandise a été livrée, le vendeur non payé, soit qu'il ait ou non accordé un terme, n'a droit de la revendiquer que tant qu'elle n'est pas encore entrée dans les magasins du failli, ou dans ceux du commissionnaire chargé de la vendre pour le compte de ce dernier. Il ne nous paraît pas douteux qu'on appliquerait le même principe à l'assuré qui aurait fait délaissement à son assureur, si celui-ci tombait en faillite avant d'avoir disposé des choses délaissées.

On ne distingue pas si le vendeur est ou n'est pas commerçant, pour appliquer les règles sur les cas où la revendication est permise; on les appliquerait, quelle que fût la qualité du vendeur, appartînt-il à une profession qui exclurait toute idée de commerce [1]. Ainsi, le propriétaire qui aurait vendu le vin de sa récolte à un commerçant, depuis tombé en faillite, ne pourrait le revendiquer que dans les cas déterminés; car les restrictions apportées aux principes généraux du droit commun sur la revendication, ne l'ont pas été seulement à l'égard de certaines personnes, mais en vue de l'opération et des fraudes possibles qui pourraient l'accompagner.

Il est donc important de savoir ce qu'on doit entendre par vendeur non payé. Les règles données précédemment nous semblent suffisantes; et si, par exemple, le revendiquant avait reçu des billets ou autres titres de créance non payés par l'effet de la faillite, ou non échus lorsqu'elle s'ouvre, il faudrait s'assurer, suivant les principes expliqués nº 220 et suiv., s'il est intervenu novation. Ce n'est qu'autant qu'elle n'aurait pas eu lieu, que la revendication serait admissible. Mais, comme nous l'avons dit nºs 221 et 1283, la circonstance que le prix a été payé en un mandat, en une lettre de change, acceptée ou non acceptée par le tiré, en billets à ordre, etc., ou porté en compte courant, ne serait pas suffisante pour exclure le vendeur du droit de revendiquer [2], à moins que d'autres circonstances ne démontrassent qu'il est intervenu une véritable novation.

Il faut savoir aussi ce qu'on doit entendre par magasin de l'acheteur. Il est des choses qui ne peuvent, par leur nature, être susceptibles de cette application littérale, parce que, ni par elles-mêmes, ni par l'intention des contractants, elles ne sont ni transportables ni susceptibles d'envoi. Telle est la vente de marchandises existant dans un magasin, une boutique, dont l'acheteur devient en même temps ou acquéreur ou locataire, et qui forme le fonds du commerce auquel il va se livrer par succession de son vendeur. Il n'a pu, dans l'intention des parties, y avoir envoi, mais il y a eu livraison par la mise en possession de l'acheteur et son établissement dans le lieu même qui contenait les marchandises; ce lieu est devenu son magasin : la revendication est donc interdite.

Dans un grand nombre d'autres circonstances, il est des marchandises de grand encombrement qui n'entrent jamais, à proprement parler, dans des magasins; elles sont déposées sur des emplacements, quelquefois vagues et communs, jusqu'à ce qu'elles soient enlevées pour être conduites au lieu de la consommation : tels sont les blocs de pierre, de marbre, etc. Il est d'autres marchandises qui, ne pouvant être expédiées pour les magasins de l'acheteur, que par certaines voies et en certaines saisons, restent long-temps sur les ports, soit qu'elles s'y trouvassent au moment de la vente, soit même que le vendeur les y ait fait conduire pour que l'acheteur en prenne livraison; tels sont les bois de chauffage, de construction, etc.

A cet égard, il nous semble qu'on peut offrir une règle simple. Les emplacements ou terrains publics ne sont point, sans doute, plutôt les magasins de l'acheteur que ceux du vendeur; mais les circonstances serviraient à lever l'incertitude. Si, dans l'usage, ces emplacements publics sont des lieux de débit plutôt que de simples lieux de dépôt ou d'embarcation; si la manière dont la vente est faite a mis les marchandises aux risques de l'acheteur, au moment même de la convention, sans que le vendeur se soit obligé de les transporter ailleurs, il est naturel de considérer le lieu où elles étaient placées, comme devenu le magasin de l'acheteur. On peut appliquer cette règle à un navire dans lequel seraient des marchandises que le propriétaire aurait vendues sans déplacement. La livraison est réputée faite, dans ce cas, par

[1] Rejet, 10 janv. 1821. Dalloz, t. 15, p. 300.

[2] Rejet, 9 nov. 1823.

le seul consentement; le vendeur perd, dès ce moment, tout droit de revendication. Néanmoins, si les marchandises devaient être pesées ou mesurées, ce ne serait que de l'instant où cette formalité aurait été accomplie que la revendication cesserait d'être admissible, conformément aux règles que nous avons données n° 297.

Si, après ce mesurage sur le port, ou emplacement public, qu'elles occupaient au moment de la vente, le vendeur était tenu de les transporter ailleurs, l'emplacement continuerait d'être considéré comme son magasin, et non comme celui de l'acheteur. Dans les cas d'incertitude, on sent que la circonstance du paiement des loyers du local où sont déposées les marchandises, des frais de garde, et du salaire des personnes à qui la surveillance en est confiée, seraient d'un grand secours.

Nous avons essayé, dans ce qui vient d'être dit, de résoudre les difficultés qui peuvent s'élever pour savoir ce qui devait être considéré comme magasin de l'acheteur, dans l'hypothèse où les choses vendues, tout en changeant de maître, n'ont pas changé de place. Mais le plus souvent elles sont destinées à sortir du magasin du vendeur pour arriver, après un trajet plus ou moins long, dans ceux de l'acheteur ou de son commissionnaire; elles ont une route à parcourir, et nous avons vu que les marchandises en route pouvaient être revendiquées par le vendeur payé. Cette disposition peut à son tour présenter quelques difficultés, dont la solution est d'une grande importance. Nous allons essayer de prévoir les principales hypothèses qui peuvent s'offrir dans la grande variété des opérations commerciales.

La mise en route des marchandises peut avoir lieu avant qu'elles soient entrées dans un magasin de l'acheteur, ou du commissionnaire chargé par lui de les vendre; elle peut avoir lieu après cette entrée. Au premier cas, les marchandises étant entrées dans le magasin de l'acheteur, ce qui a détruit tout droit du vendeur à la revendication, la circonstance que cet acheteur les aurait expédiées ensuite pour un lieu quelconque, ou que son commissionnaire, après les avoir reçues pour les vendre au compte de cet acheteur les lui aurait réexpédiées, ou les aurait envoyées hors de ses magasins, ne peut faire revivre un droit de revendication qui était anéanti.

Dans le second cas, les marchandises, soit qu'elles sortent directement des magasins du vendeur, en vertu des ordres de l'acheteur, même par ses soins directs ou par l'entremise d'un commissionnaire chargé de les lui faire parvenir, soit même que des magasins du vendeur elles soient transportées dans un navire qui doit les conduire à la destination indiquée par l'acheteur, ou dans les magasins d'un commissionnaire d'expédition, d'un entrepreneur de roulage chargé par l'acheteur de les faire parvenir à la destination qu'il indique, peuvent, tant qu'elles se trouvent dans ces locaux, ou qu'elles sont en route, en un mot, jusqu'à ce qu'elles soient arrivées dans un magasin de l'acheteur ou d'un commissionnaire chargé de les vendre pour son compte, sont susceptibles de revendication [1]. Mais aussi, dès qu'elles y sont arrivées, quand même on prouverait qu'elles avaient une destination ultérieure [2], elles ne sont plus ce que nous entendons ici par marchandises en route.

On ne pourrait toutefois considérer comme magasin de l'acheteur ou de son commissionnaire, un entrepôt public dans lequel des marchandises auraient été momentanément déposées en route pour les vérifications, déclarations, acquittements de droits, ou contestations relatives aux douanes, octrois et autres impôts indirects; à la différence du cas où les marchandises seraient entrées dans un magasin de cette sorte par ordre de l'acheteur, pour son compte et y être à sa disposition [3].

Cette exception s'appliquerait encore au dépôt momentané dans les magasins d'un commissionnaire chargé par le failli, soit de les lui expédier, soit de les conserver, en attendant qu'il en dispose, si ce commissionnaire n'est pas, en outre, chargé de les vendre pour le compte du failli. En effet, le commissionnaire chargé de vendre est le représentant de l'acheteur; et c'est une conséquence naturelle de sa qualité, que ses magasins soient considérés comme ceux de l'acheteur même. Mais le commissionnaire dont le mandat se borne à recevoir, est un

1 Rejet, 6 nov. 1823. Dalloz, t. 15, p. 304.
2 Rejet, 13 oct. 1814. Dalloz, t. 15, p. 303
3 Rejet, 31 janv. 1826. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 261.

simple dépositaire instantané, et ses magasins de simples entrepôts, d'où les marchandises seront dirigées dans ceux où le failli veut les faire parvenir. Jusqu'à ce qu'elles soient arrivées à cette destination, il n'est pas exact de dire qu'elles soient entrées dans les magasins du failli.

Par suite des mêmes motifs, on ne pourrait opposer à la demande en revendication, le fait de l'arrivée des marchandises dans les magasins du failli ou de son commissionnaire, depuis que la faillite est ouverte. L'événement de la faillite a, comme nous l'avons dit nº 1123, fixé activement et passivement l'état des affaires. Ce serait une injustice révoltante que de refuser la revendication dans ce cas. Les marchandises qui arrivent après la faillite, sont dans une sorte de séquestre légal, dans l'intérêt de qui il appartiendra. Nous croyons pouvoir en conclure que, si les syndics les ont vendues, le prix peut être revendiqué et devient une dette commune de la masse.

1289. Du reste, le revendiquant est tenu, s'il a reçu quelque à-compte, si le prix lui a été réglé en effets non acquittés, comme on l'a vu nº 1288, de les restituer, et, s'il les a négociés, de garantir la masse de toute demande y relative. Il doit, en outre, indemniser l'actif du failli de toute avance faite pour fret ou voiture, commission, assurance ou autres frais relatifs aux marchandises, et acquitter les sommes qui pourraient être dues pour les mêmes causes, sans aucune répétition contre la masse. A plus forte raison, lorsque, par un événement qui n'est que trop fréquent dans le commerce, les marchandises qu'il a revendiquées se trouvent valoir un prix inférieur à celui moyennant lequel il les avait vendues, il ne peut réclamer la différence, ni même ses droits de commission, s'il avait acheté ces marchandises pour le compte du failli [1]. C'est à lui de s'imputer la confiance qu'il a eue de vendre à crédit; et puisque, dans la rigueur du droit, la revendication pouvait lui être refusée, elle ne lui est accordée qu'au moyen de ce sacrifice.

1290. Le failli pourrait néanmoins avoir vendu les marchandises livrées, mais encore en route, sans fraude, sur facture et connaissement ou lettre de voiture. La revendication ne peut plus alors avoir lieu au préjudice du tiers acheteur de bonne foi, porteur de ces pièces [2].

La vente sur seule facture ne suffirait pas, et réciproquement celle qui aurait lieu sur simple lettre de voiture ou connaissement. Ces pièces n'ont rien de commun, et l'une n'est pas l'équivalent de l'autre. La facture sert à établir les rapports entre le vendeur et l'acheteur primitif, et, comme on l'a vu nº 248, lorsque l'acheteur primitif revend les marchandises, elle équivaut à la délivrance réelle que la nature des choses ou la position des parties ne permet pas de faire autrement. Le connaissement ou la lettre de voiture est le titre qui oblige le capitaine de navire ou le voiturier à remettre la marchandise au porteur de cette pièce. Le fait qu'une personne est détenteur d'un pareil titre, lui donne mandat de recevoir la marchandise et d'en décharger le capitaine ou le voiturier, sans prouver, pour cela, qu'il soit propriétaire des marchandises confiées à sa consignation. Mais l'une et l'autre pièces complètent la vente : la facture, en attestant qu'elle a eu lieu, soit directement, soit par la cession des droits qu'elle donnait au cédant contre le vendeur primitif; le connaissement ou lettre de voiture en donnant titre pour exiger la remise des objets vendus envers le capitaine ou le voiturier.

A plus forte raison, le vendeur qui, de l'ordre de l'acheteur, aurait adressé les objets vendus à un cessionnaire des droits de cet acheteur, ne serait plus fondé à les revendiquer s'il avait connu cette cession.

On assimile à ce cas de vente, la confiscation pour fraude encourue par le failli, et, comme on l'a vu nº 1270, le vendeur ne peut exercer de revendication au préjudice du trésor public, conformément à l'art. 5 du titre XII de la loi du 22 août 1791, et à l'art. 38 de l'acte du gouvernement du 22 mars 1805 (1er germinal an XIII).

1291. Il pourrait se faire que le failli, au lieu de vendre les marchandises qui ne sont pas encore arrivées dans ses magasins les eût affectées à quelque dette privilégiée, par exemple, au voiturier, pour frais de transport, à un commissaire, pour ses avances, etc., comme on l'a vu nº 1203. Ainsi, des sels sont vendus à Nantes, par Pierre, à Jacques, à un crédit de six mois. Ils sont placés sur des bateaux, et adressés par ordre de Jac-

[1] Rejet, 21 fév. 1828. J. du 19e s., 1828, 1e, p. 191.

[2] Rejet, 17 août 1825.

ques, à Paul, commissionnaire d'Orléans, qui fait des avances et prêts sur ces marchandises, avant leur arrivée dans ses magasins, mais sur connaissement ou lettre de voiture, suivant les règles expliquées nos 484 et suivants, Jacques fait faillite, et les sels n'étant encore qu'à Blois, Pierre les revendique. Il ne pourra exercer ce droit, sans acquitter le privilége de Paul. C'est la conséquence de ce que nous avons dit, no 1289 [1].

1292. Ce droit du vendeur cesse encore s'il existe le plus léger soupçon que les marchandises revendiquées ne sont pas identiquement les mêmes que celles qu'il justifie avoir vendues. En conséquence, la revendication ne peut être exercée qu'autant qu'il est reconnu que les balles, barriques ou enveloppes dans lesquelles les marchandises se trouvaient lors de la vente n'ont pas été ouvertes; si elles étaient sous cordes et marques, il faut que ces cordes et marques n'aient point été enlevées ni changées. Néanmoins, s'il en avait été substitué d'autres par l'effet d'une fraude commise et calculée, précisément pour enlever au vendeur la faculté d'une revendication, il nous semble que, cette fraude étant prouvée, le changement ne serait d'aucune considération, à moins que les tiers de bonne foi n'eussent acquis des droits par suite de cette circonstance. Il en serait de même si les enveloppes ou cordes n'avaient été changées que par suite d'une force majeure justifiée, qui les eût rendues incapables de garantir suffisamment les objets enveloppés, ou par suite d'une visite de la douane.

Il ne faut pas conclure de ce qui vient d'être dit des marchandises en balles, barriques, sous cordes ou enveloppes, que la revendication serait refusée, à un vendeur, de marchandises qui n'auraient pas été expédiées de cette manière. L'usage servirait à reconnaître si ces sortes de marchandises sont restées dans un état qui ne permette pas de croire que l'acheteur y ait fait quelques actes de disposition et de propriété.

Il faut que les marchandises n'aient point éprouvé de changement dans leur quantité; mais nous pensons encore que la diminution arrivée par une force majeure ou par un fait étranger à l'acheteur, ne serait point un obstacle à la revendication. Il y aurait plus de difficultés dans un cas qui, cependant, est susceptible de se présenter souvent. Par exemple, Pierre, commerçant à Paris, achète à Paul de Bordeaux, 200 balles de coton. Elles sont expédiées par plusieurs voituriers. Les uns arrivent et déchargent les marchandises dans les magasins de Pierre, le 10 avril. Les autres ne sont point encore arrivés, et se trouvent en route le 12, jour où la faillite est ouverte. Il est évident que la quantité de balles de coton placées sur les voitures en retard, est moindre que celle qui a été vendue; dans la rigueur, on pourrait prétendre que les marchandises ont subi un changement dans la quantité. Néanmoins, nous serions porté à croire que ces dernières expéditions peuvent être revendiquées; l'équité semble prescrire de considérer chaque chargement comme un tout distinct des autres.

Enfin, il faut que les marchandises n'aient subi aucun changement ou altération dans leur nature ou leur qualité. Cette altération, pour être un obstacle à la revendication, doit être du fait de l'homme; par exemple, si du blé a été converti en farine, de la laine en drap, ou même si des vins blancs et rouges ont été mélangés. Mais si elle provenait de la nature de la chose, de ce qu'on peut appeler son *vice propre*, comme est l'évaporation qui diminue les liquides, ou comme serait l'accident qui ferait aigrir du vin, la revendication n'en aurait pas moins lieu.

De même, des marchandises ne seraient pas censées n'être plus identiquement les mêmes, parce qu'une force majeure ou une autre cause quelconque les aurait mélangées avec d'autres, s'il est possible de les reconnaître, ou si l'on peut appliquer les règles du droit civil sur la manière de satisfaire les divers propriétaires de choses confondues. Par exemple, les bois de différents propriétaires sont sur un port où l'on se dispose à les expédier, par flottage; avant que chacun ait apposé sa marque, une inondation enlève et confond les bois; lorsqu'ils sont retrouvés, on procède à une répartition qui ne rend à personne identiquement ce qui lui appartenait, mais la portion attribuée à chacun est censée former ce qu'il possédait, quoique, probablement, ce ne soient pas les mêmes pièces de bois [2]; et le fait de cette commixtion ne ferait pas obstacle à la revendication.

Ce ne serait pas encore un obstacle à la revendication que le changement de forme,

[1] Rejet, 8 juin 1828.

[2] Rejet, 11 nov. 1812. Dalloz, t. 15, p. 297.

lorsqu'il est la suite nécessaire de la négociation; par exemple : si un propriétaire vendait à un commerçant la coupe de 100 hectares de bois sur pied, l'exploitation sur le lieu ne serait pas présumée avoir dénaturé cette marchandise, si l'acheteur n'avait pas encore commencé à en faire le débit pour son compte [1].

Ce que nous venons de dire nous conduit naturellement à examiner la question de savoir, si celui qui aurait en droit de revendiquer des marchandises en route, pourrait revendiquer le prix d'assurance de ces marchandises qui auraient péri dans cette même route. Nous ne le pensons pas. Sans rentrer dans l'examen de la question que nous avons traitée n° 594, il suffit de dire que, dans le système même de ceux qui assimileraient le contrat d'assurance au contrat de vente, la revendication devrait être repoussée, puisque le vendeur non payé ne peut jamais revendiquer le prix de la revente que l'acheteur aurait faite des marchandises en route[2]. Nous n'hésitons pas cependant à croire que, si ces marchandises avaient été volées ou malicieusement détruites, le vendeur non payé pourrait réclamer les indemnités dues par les auteurs du délit. Il est facile de sentir la différence de ces deux cas.

Dans tous les cas où le vendeur peut revendiquer, les syndics des créanciers ont la faculté de retenir les choses revendiquées, en payant au réclamant le prix intégral de vente convenu entre lui et le failli.

1293. Ce droit de suite du vendeur appartient aux mêmes conditions, et sous les mêmes exceptions, à tous ceux qui, par des circonstances quelconques, lui seraient substitués. Ainsi, le commissionnaire d'achats qui aurait payé le prix, ou qui le devrait au vendeur primitif, et n'aurait pas été couvert de ses avances ou de ses obligations par le failli, pourrait, comme on l'a vu n° 563, dans tous les cas où nous avons dit que le vendeur en a le droit, revendiquer les marchandises qu'il a payées pour le compte de ce dernier, ou que, par sa qualité de commissionnaire, il peut être tenu de payer [3]. Mais il est douteux qu'on pût l'étendre à celui qui aurait accepté des lettres de change tirées sur lui avec destination de payer le prix de marchandises susceptibles de revendication. Cet accepteur n'est pas dans le cas de subrogation que nous avons vu appartenir au commissionnaire acheteur. Il pourrait seulement, après avoir payé les porteurs, invoquer le droit dont nous avons parlé n° 1275, droit dont l'exercice n'est pas sans difficultés.

Les droits d'un commissionnaire non payé des marchandises qu'il a achetées pour son commettant, et qui les a laissé sortir de ses mains, sont limités à la revendication, et soumis à toutes les conditions expliquées plus haut. Il ne pourrait, en outre, se présenter dans la faillite pour être payé de la commission qui lui était due; c'est la peine de la confiance trop grande qu'il a eue de se dessaisir [4].

1294. Il ne faut pas, au surplus, perdre de vue que ces principes sur le droit de suite et la revendication, ne s'appliquent qu'aux choses que le failli avait achetées comme marchandises de son commerce. Si donc, il arrivait qu'un commerçant fût débiteur du prix d'objets achetés pour son utilité particulière et personnelle, ou pour sa consommation de famille, ou même pour un usage commercial, mais sans spéculation pour les revendre, telle que serait une machine employée au service ou au travail d'une manufacture [5], en un mot, de choses qui ne seraient point du nombre de celles dont se compose son commerce, les priviléges et les revendications établis par le droit civil devraient être accordés sans restrictions; et, comme nous l'avons dit, n° 1204, le vendeur non payé peut les exercer, sans qu'on lui oppose les principes que nous venons d'expliquer.

Ce que nous venons de dire servirait à résoudre des difficultés qui se présentent assez souvent dans les cas où un homme ayant vendu son fonds de commerce à un autre, l'acheteur tomberait en faillite avant d'avoir payé. Quelques distinctions nous paraissent nécessaires. Le fonds de commerce vendu peut ne consister que dans l'achalandage qui, par beaucoup de circonstances, est une chose, quoique non matérielle, susceptible d'appréciation; on peut y avoir joint les instruments, machines et ustensiles de

[1] Rejet, 10 janv. 1821, *paraît contraire*. Dalloz, t. 15, p. 300.

[2] Rejet, 8 juin 1829. J. du 19e s., 1830, 1e, p. 330.

[3] Cass., 14 nov. 1810.

[4] Rejet, 21 fév. 1828. J. du 19e s., 1828, 1e, p. 191.

[5] Rejet, 23 déc. 1829. J. du 19e s., 1830, 1e, p. 150.

la profession; on peut y avoir joint, en outre, un assortiment ou un reste de marchandises en quantité plus ou moins considérable. Les deux premiers objets ne nous paraissent pas être ce qu'on peut appeler des marchandises, et par conséquent, il nous semble que le vendeur non payé peut user des droits que nous avons expliqués n° 1204, même du droit de résolution du contrat, surtout s'il l'avait stipulé [1]; quant aux marchandises, la circonstance qu'elles auraient été vendues avec des objets revendicables, ne nous déciderait point à en admettre la revendication; elles sont précisément dans le cas que nous avons prévu, n° 1288.

§ II. *De la Revendication d'effets de commerce cédés, dont le prix n'a pas été payé.*

1295. De même qu'on peut avoir vendu à un commerçant qui tombe ensuite en faillite, des marchandises dont il n'a pas payé le prix, de même on peut avoir tiré ou endossé à son profit des lettres de change, souscrit ou endossé des billets ou autres effets négociables dont il se trouve encore devoir le prix au moment de la faillite. En faisant ici l'application exacte et rigoureuse des principes expliqués n° 1286, celui qui se trouve dans cette position à l'égard du failli, ne pourrait exercer aucune revendication; les effets qu'il a cédés au failli, ou ceux qu'il lui a souscrits, sont entrés dans le portefeuille, qui peut, pour des objets de cette nature, être considéré comme le sont des magasins pour les marchandises. Il ne peut donc revendiquer les effets qu'il avait cédés au failli, ni refuser de payer à la masse ceux qu'il lui avait souscrits; et même, d'après les principes expliqués n° 1125, il ne peut compenser, avec ce qu'il doit, le montant de sa créance contre le failli [2]. Si les effets qu'il a souscrits ainsi ou cédés au failli, avaient été transmis par celui-ci à une personne qui en devrait le prix, il ne pourrait exercer sur ce prix un droit exclusif, ni demander qu'on lui remette, pour s'en faire payer, les effets que la personne à qui le failli les avait cédés aurait pu souscrire en contre-valeurs, qui se trouveraient dans le portefeuille du failli, quand même ces effets constateraient qu'ils ont identiquement pour objet le prix des effets par lui souscrits. A plus forte raison, celui qui aurait accepté à découvert une lettre de change dont le preneur aurait payé au tireur le prix en un billet qui se trouverait encore dans la faillite de ce tireur, ne pourrait demander que ce billet lui fût remis, ni se faire payer du prix que doit le preneur, par préférence aux autres créanciers du failli. Ce billet, comme on l'a vu n° 380, est le prix d'une vente que le tireur a faite, et il appartient à la masse de sa faillite. On ne peut appliquer à ce cas des principes différents de ceux que nous avons développés n° 1292. Celui sur qui la lettre est tirée, en acceptant sans avoir provision, a suivi la foi du tireur: il n'y a pas de raison de le traiter mieux que les autres créanciers.

Néanmoins, la rigueur de ces principes est un peu modifiée dans le cas où des effets négociables ont été cédés par endossement, *valeur en compte*, ou tout autre mode qui les aurait fait entrer dans un compte courant. Ils peuvent être revendiqués, si le réclamant n'était débiteur d'aucune somme envers le failli, à l'instant où il lui a fait les remises. On présume que, nonobstant les expressions de l'endossement qui, suivant ce qui a été dit n° 347, a l'effet de transférer la propriété des effets, le failli n'en est pas devenu propriétaire, puisqu'il ne lui était rien dû quand il les a reçus. Par exemple, Pierre et Paul sont en compte courant qui, s'il était balancé le 1er février, rendrait Pierre créancier de 20,000 fr. Il fait une remise de 10,000 fr.; le 4, et quelques jours après, Paul tombe en faillite: la revendication de ces 10,000 fr. d'effets lui sera accordée.

1296. A plus forte raison en est-il de même d'un compte courant qui ne serait que commencé, et dans lequel celui qui a fait les remises n'est que *créditeur* et ne devait rien encore à cet instant. Peu importerait que, depuis l'époque des remises, le failli lui eût fait des paiements sur les effets recouvrés ou des avances sur ce qui était à recouvrer; il ne les a faits qu'en la même qualité de commissionnaire qu'il a pu seule avoir au moment des remises, qualité avec laquelle ces avances sont loin d'être incompatibles. La revendication est alors fondée, sauf à la masse des créanciers à exercer son droit de rétention pour les avances faites par

[1] Rejet, 7 avril 1830.

[2] Cass., 15 janv. 1823. — Rejet. 25 fév. 1829.

le failli depuis l'envol des effets, et jusqu'à concurrence de leur montant.

1297. Mais la revendication cesse, si, au moment de la remise, celui qui l'a faite devait une somme quelconque au failli. Il n'a plus droit de reprendre les effets qu'il lui avait transmis, quand même il offrirait de payer ce qu'il doit, pour qu'on lui laisse l'exercice de la revendication; il est présumé avoir voulu les donner en paiement de sa dette, sous la seule réserve de se faire rembourser de l'excédant; il n'est, dès lors, que créancier ordinaire de cet excédant. Ce n'est plus en qualité de commettant qu'il transmettait les effets; le failli ne peut être, à son égard, considéré comme un commissionnaire. La qualité respective des parties a été fixée. Toutefois, par ces mots: *somme quelconque,* il ne faudrait pas entendre quelques francs ou quelques centimes, tellement disproportionnés avec le montant des remises, qu'on ne puisse croire qu'elles ont été faites dans la vue de s'acquitter. Les tribunaux pourraient apprécier les circonstances. Sauf cette modification que l'équité indique, encore que l'application puisse en être difficile, la propriété des effets, ainsi remis en compte courant, est acquise à la masse chaque fois qu'il a pu y avoir, à l'instant où elles ont été faites, une cause de libération au profit du failli; et la revendication est accordée dès qu'il est démontré que celui qui a fait la remise, ne devant rien, l'a faite, non pour se libérer, mais pour se créer, entre les mains de son correspondant, des valeurs à sa propre disposition.

TITRE II.

DES BANQUEROUTES.

1298. Le failli coupable de faute ou de dol est, suivant la nature des faits, considéré comme banqueroutier simple ou frauduleux.

Ce titre sera donc divisé en trois chapitres. Le premier contiendra les règles communes à la banqueroute simple et à la banqueroute frauduleuse; dans les deux suivants, nous traiterons de chaque espèce de banqueroute.

Il ne faut pas perdre de vue ce qui a été dit, n° 1093, que l'état de faillite ne peut jamais exister qu'à l'égard d'un commerçant, par conséquent qu'un commerçant, seul, peut être poursuivi comme banqueroutier [1].

CHAPITRE PREMIER.

Règles communes aux deux espèces de Banqueroutes.

1299. Il importe peu que les caractères de la banqueroute ne se soient manifestés que depuis l'ouverture de la faillite [2], ou qu'ils aient été reconnus et constatés en même temps que la cessation de paiements.

Cette poursuite, comme celle de tout délit, peut être faite sur la plainte ou la dénonciation des parties intéressées, c'est-à-dire, dans l'espèce, des agents ou syndics, au nom de la masse, ou de tout créancier quelconque [3]; même sur la dénonciation d'une personne tout-à-fait sans intérêt.

Le plus souvent, elle a lieu d'office, à la réquisition du ministère public, sans la participation des créanciers, et quelquefois même contre leur gré [4]; les agents ou syndics de la faillite ne pouvant se dispenser de remettre au procureur du roi, un mémoire ou compte sommaire de l'état apparent de la faillite, de ses principales causes et circonstances, et des caractères qu'elle parait avoir.

Sur cette communication, ce magistrat peut, par lui-même ou par un de ses substituts, se transporter au domicile du failli pour assister à la rédaction du bilan, de l'inventaire et des autres actes de la faillite qui se font à ce domicile; prendre tous les renseignements qui en résultent, et faire, en conséquence, les actes ou poursuites nécessaires, le tout sans frais.

Mais lorsque les opérations susceptibles

[1] Cass. (chambre criminelle), 21 nov. 1812 Dalloz, t. 15, p 353.

[2] Cass., 5 mars 1813. Dalloz, t. 15, p. 357. J du 19e s, 1827, 1e, p. 140.

[3] Rejet, 19 mai 1815. — Cass., 13 oct. 1826. Dalloz, t. 15, p. 315.

[4] Rejet, 26 fruct. an VIII. — Cass., 22 juill. 1819. Dalloz, t. 15, p 359.

d'être faites au domicile du failli, sont achevées, le procureur du roi n'est plus autorisé à assister à celles dans lesquelles nous avons vu qu'était exigée la présence d'un juge-commissaire. C'est à ce dernier qu'est confié le soin de recueillir les preuves de la fraude, et de transmettre au ministère public les renseignements nécessaires. En chargeant le juge-commissaire de veiller à ce qu'il ne soit fait aucun traité entre le failli et ses créanciers, si l'examen des actes, livres et papiers donne quelque présomption de banqueroute, la loi suppose assez clairement que le procureur du roi, ou son substitut, ne peut plus assister aux assemblées.

Si, d'après les renseignements qu'il a obtenus, le procureur du roi présume qu'il y a banqueroute simple ou frauduleuse, il peut décerner, contre le failli, un mandat d'amener, ou de dépôt ou d'arrêt, et doit en donner connaissance, sans délai, au juge-commissaire de la faillite, pour qu'il ne propose, et que le tribunal n'accorde aucun sauf-conduit. Si néanmoins ce tribunal en avait accordé un avant cet avertissement, ou sans y avoir égard, le failli ne serait pas, par ce motif, à l'abri de poursuites et d'arrestation, de la part du ministère public.

1300. Il existe une différence essentielle entre le cas où des tiers font cette poursuite et celui où le ministère public agit. L'homologation d'un concordat, passée en force de chose jugée contre les plaignants, même malgré leurs oppositions, met fin à leur poursuite en banqueroute, en éteignant l'action civile, qui est la seule que leur plainte, quoique dirigée au criminel, puisse leur attribuer; tandis que, si le ministère public veut poursuivre, ou d'office, ou en suivant les errements de la plainte rendue, même par des parties contre lesquelles le concordat est devenu obligatoire, cette circonstance, ni celle que le tribunal de commerce aurait déclaré le failli excusable, ne pourraient être un obstacle à ses poursuites [1]. En effet, il ne faut jamais confondre l'intérêt de la société à réprimer et à punir les droits ou les crimes, avec les intérêts civils qui concernent les parties offensées, et sur lesquels elles peuvent transiger, sans toutefois arrêter l'action publique. Voilà pourquoi on ne peut douter que les créanciers d'une faillite ne puissent être entendus comme témoins dans la poursuite en banqueroute dirigée contre leur débiteur [2].

C'est par le même motif qu'une poursuite en banqueroute peut avoir lieu sans que le tribunal de commerce ait jugé qu'il y eût faillite; l'existence en est alors déclarée en même temps que celle du délit, et par la même autorité, comme nous l'avons dit n° 1604.

1301. Quel que soit le caractère que la banqueroute se trouve avoir, l'administration de la faillite n'éprouve aucun changement; et quand même le failli serait poursuivi par contumace, pour banqueroute frauduleuse, ses biens ne seraient point régis au nom de l'État, suivant les règles déterminées pour les autres cas de contumace.

Les actions et opérations qui ont fait l'objet du titre précédent, restent séparées et indépendantes des poursuites qui ont pour but la punition du coupable. Seulement les syndics sont tenus de fournir au ministère public toutes les pièces, titres originaux, registres et autres renseignements qu'il leur demande, pour s'éclairer sur les poursuites qu'il dirige. Pendant l'instruction, ces pièces restent déposées au greffe, sauf aux syndics à en prendre communication, et même à s'en faire délivrer des extraits privés ou officiels, qui doivent leur être accordés sans frais, sur leur demande ou réquisition.

La remise des originaux leur est faite après le jugement, à moins que le tribunal correctionnel ou la cour d'assises n'ait ordonné le dépôt judiciaire de quelques uns.

1302. Si le failli était acquitté, cet événement ne serait pas un motif qui dût faire infirmer le jugement par lequel le tribunal de commerce aurait refusé l'homologation du concordat : l'effet de cet acquittement n'est relatif qu'aux poursuites correctionnelles ou criminelles, conformément à ce que nous avons dit n° 264 sur la chose jugée; et le failli qui aurait été relâché rentrerait dans les liens de la contrainte par corps, dont le tribunal de commerce peut seul l'affranchir par un sauf-conduit, conformément à ce qui a été dit n° 1149.

1303. A quelque requête que la poursuite ait été faite, les frais en sont suppor-

[1] Cass., 9 déc. 1811. Dalloz, t. 15, p. 342.

[2] Cass., 15 avril 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 95.

tés par le failli, s'il est condamné; et la masse est tenue de les acquitter, suivant les règles données nº 1197. Mais s'il est absous, la masse ne les supporte qu'autant que la poursuite aurait été faite par les syndics; il pourrait même les faire condamner à des dommages-intérêts s'ils avaient fait un rapport faux contre lui [1]. Dans les autres cas, le trésor public, ou les créanciers qui ont poursuivi individuellement, doivent acquitter les frais.

1304. Les tentatives de banqueroute frauduleuse doivent être punies comme le crime consommé, dans les mêmes cas où la tentative de tout autre crime est punie [2]. S'il n'en est pas de même dans la tentative de banqueroute simple, c'est que, dans le fait, il ne serait pas facile de trouver des cas où ce genre de délit fût possible.

CHAPITRE II.

De la Banqueroute simple.

1305. Indépendamment de la forme des poursuites et de la différence des peines, la banqueroute simple est distincte de la banqueroute frauduleuse, en ce que le banqueroutier simple n'est privé que de la faculté de faire un concordat, mais que cet événement seul ne le rend point inadmissible au bénéfice de cession et à la réhabilitation, avantages dont sont privés les banqueroutiers frauduleux.

C'est au tribunal de police correctionnelle du lieu dans lequel la faillite est ouverte, que la connaissance de ce délit appartient, à moins que, devant la cour d'assises, la procédure n'ait pris une marche, par l'effet de laquelle le failli ne serait reconnu coupable que de banqueroute simple, auquel cas cette cour appliquerait, s'il y a lieu, les peines correctionnelles [3].

1306. La gravité plus ou moins grande des fautes du failli sert à déterminer quand il *doit*, ou quand il *peut* être poursuivi comme banqueroutier simple.

Des dépenses excessives; des pertes au jeu ou dans des opérations de pur hasard et d'agiotage, telles que nous les avons définies nº 162; des reventes de marchandises à perte, ou des emprunts considérables faits dans un temps où le failli ne pouvait ignorer, d'après son inventaire, que son actif était de cinquante pour cent au-dessous de son passif; une émission de signatures de crédit ou de circulation, pour une somme triple de son actif, donnent lieu, contre lui, à une présomption telle, qu'il faut nécessairement que les tribunaux examinent sa conduite : il doit alors être poursuivi comme banqueroutier simple.

Pour calculer si l'émission des valeurs excède le triple de l'actif du failli, on comprendrait non seulement les valeurs émises dont il aurait réellement touché le prix, mais encore celles qu'on appelle de *complaisance*, c'est-à-dire les valeurs fictives que des commerçants se souscrivent mutuellement quelquefois pour assurer, par le concours de plusieurs signataires sur le même effet, un crédit que n'obtiendrait pas une signature isolée [4].

Mais cette disposition rigoureuse doit être sainement appliquée. Le fait d'une émission de valeurs excédant le triple de l'actif d'un banquier ne donnerait pas lieu à des poursuites contre lui. Les notions que nous avons données, nºˢ 29 et suiv., sur cette espèce de commerce, ont suffisamment fait connaître qu'il se composait de virements de fonds, d'opérations fondées sur le crédit, embrassant un cercle de négociations bien plus vaste que ne le permettaient les moyens positifs d'un autre commerçant : ce n'est même que par la multiplicité de ces opérations, que le banquier peut se promettre un bénéfice raisonnable; et si d'autres faits ne l'accusaient pas, il semble que la seule circonstance d'une émission de valeurs, quelque considérable qu'elle fût, ne l'assujettirait pas toujours aux poursuites en banqueroute simple.

1307. Mais si le failli n'a point de torts de la nature de ceux que nous venons d'indiquer; si l'on ne peut lui reprocher que des irrégularités dans sa conduite, il y a seulement faculté de le poursuivre; et la nécessité d'une mise en jugement, ou d'une procédure publique, n'est pas indispensable.

Le premier de ces cas est celui où le failli

[1] Rejet, 14 déc. 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 287.

[2] Rejet, 26 messidor an VIII. Dalloz, t. 15, p. 351.

[3] Rejet, 18 nov. 1813.

[4] Rejet (chambre criminelle), 13 août 1825.

n'aurait pas fait la déclaration dont nous avons parlé n° 1096. S'il prouve la pureté de sa conduite; s'il montre que jusqu'au moment où le jugement de déclaration de faillite a été prononcé contre lui, à la requête de ses créanciers, il conservait un légitime espoir de faire face à ses engagements, par exemple, d'emprunter sur ses immeubles, ou de recevoir une cargaison qui a péri, il ne serait pas juste de le déclarer banqueroutier, et surtout de ravir à ses créanciers la faculté de faire avec lui un concordat, qui peut leur être plus avantageux qu'une union.

Le failli qui ne s'est pas présenté aux agents et syndics dans les cas indiqués n° 1155, peut également, suivant les circonstances, être ou n'être pas poursuivi comme banqueroutier. Il en est de même de celui qui n'exhibe pas tous les livres qu'il devrait avoir, ou qui en présente d'irrégulièrement tenus, pourvu qu'il n'y ait pas dans cette irrégularité des caractères de fraude.

En indiquant, n°s 86 et suiv., comment devaient être tenus les livres des commerçants, nous avons assez fait connaître ce qu'il fallait considérer comme irrégularités: le défaut de timbre n'est pas textuellement rangé parmi les fautes de cette espèce; mais comme un juge ne peut parapher que des livres timbrés, il s'ensuit qu'un livre non timbré, se trouvant nécessairement sans paraphe, est par conséquent irrégulier.

1308. Les peines, contre le banqueroutier simple et contre ceux qui en seraient déclarés complices, sont: l'emprisonnement, l'affiche, et l'insertion du jugement dans les journaux du département.

Le procureur du roi est spécialement chargé d'interjeter appel des jugements du tribunal de police correctionnelle, si la procédure lui montre quelque indice de fraude, sans préjudice du droit des créanciers ou syndics qui auraient poursuivi, et même de l'appel par le procureur-général.

CHAPITRE III.

De la Banqueroute frauduleuse.

1309. La banqueroute frauduleuse est un crime qui donne lieu à l'application de peines afflictives ou infamantes, et dont la répression appartient, dans l'état actuel de notre législation, aux cours d'assises.

Elle produit, lorsque l'accusé est condamné, tous les effets de condamnations pour les autres crimes attentatoires à la propriété d'autrui, et en outre elle prive le condamné des avantages du concordat, de la réhabilitation, et de la cession de biens.

1310. On distingue les cas dans lesquels le failli *doit*, et ceux dans lesquels il *peut* être poursuivi comme banqueroutier frauduleux.

Le failli doit être poursuivi comme banqueroutier frauduleux, lorsque, pour tromper ses créanciers, couvrir un détournement ou toute autre fraude, il leur annonce une perte qui n'a pas eu lieu: par exemple, qu'un autre commerçant lui a fait perdre, par sa faillite, des sommes qu'il a touchées, ou qui ne lui étaient pas dues; ou qu'un navire expédié par lui a péri, tandis qu'il a disposé du chargement sans en rendre compte, ou que, dans la réalité, il n'avait point fait d'expédition. Mais on ne verrait pas un caractère de banqueroute dans la conduite d'un homme qui, ayant fait assurer un navire, aurait faussement déclaré aux assureurs que le navire a péri, ou voulu rejeter sur eux une perte qui était de son fait: sans doute cette conduite donnerait lieu à le poursuivre par voie civile, ou même criminelle, de la part de l'assureur; mais elle ne pourrait être, dans les rapports du failli avec ses créanciers, considérée comme un caractère de banqueroute frauduleuse [1], car cette fraude, loin de leur nuire en diminuant l'actif, aurait eu au contraire, pour résultat, de l'augmenter, quoique d'une manière injuste. On doit poursuivre aussi comme banqueroutier frauduleux le failli prévenu d'avoir inscrit sur ses livres, ou essayé, par tout autre moyen, de faire croire qu'il a fait des dépenses qui n'ont pas existé, ou de ne pas justifier l'emploi de toutes ses recettes; celui qui, chargé d'un mandat spécial, ou constitué dépositaire d'argent, d'effets de commerce, de denrées ou de marchandises, est prévenu d'avoir, au préjudice du mandant ou du déposant, appliqué à son profit les fonds ou les valeurs qu'il a reçus; celui qui a caché ses livres; celui qui est prévenu d'avoir, en fraude de ses créanciers, soit avant, soit même après sa décla

[1] Rej. 1, 15 mai 1823.

ration de faillite [1], acheté, sous le nom d'un autre, des immeubles ou effets mobiliers, détourné des sommes d'argent, dettes actives, marchandises, denrées ou autres effets mobiliers, fait des ventes, négociations ou donations simulées. Il en est de même de celui qui a supposé des dettes passives, en faisant de fausses écritures, ou en se constituant débiteur, sans cause ni valeur, par des actes publics ou sous seing-privé, sans, toutefois, qu'on puisse mettre dans cette classe les fausses déclarations dans le bilan, qui ne peut être considéré, à proprement parler, comme un titre en faveur de qui que ce soit [2]. Il en est de même encore de l'agent de change ou du courtier qui a fait faillite ; et, comme on l'a vu nº 95, de l'époux commerçant qui, s'étant marié sous le régime de la séparation de biens, n'a pas rendu cette clause publique par affiches. Mais on ne peut étendre cette disposition à l'époux contre qui une séparation de biens aurait été prononcée [3].

Quant aux faillis qui n'ont pas tenu de livres, ou dont les livres n'offrent pas la véritable situation active et passive; qui, ayant obtenu un sauf-conduit, ne se présentent pas à la justice, et sont dès lors moins excusables que s'ils n'avaient pu l'obtenir; qui ont contracté des engagements de commerce dans les dix jours précédant l'ouverture de leur faillite, il est laissé à la prudence du ministère public de les poursuivre, ou non, en banqueroute frauduleuse.

Lorsque, dans l'un et l'autre cas, le failli est traduit devant la cour d'assises, c'est aux jurés et non aux magistrats qu'il appartient de prononcer sur le caractère et l'intention des faits incriminés [4].

1311. Quiconque est convaincu d'avoir fait une banqueroute frauduleuse, doit être condamné aux travaux forcés à temps; les arrêts qui sont rendus contre ces coupables, et leurs complices, sont affichés et insérés dans les journaux, comme les jugements en cas de banqueroute simple.

L'acquittement d'une accusation en banqueroute frauduleuse n'est pas un obstacle à ce que le failli ne puisse être poursuivi pour banqueroute simple, si la procédure a constaté que les faits qu'on avait cru présenter de la fraude n'étaient que de simples négligences ou des imprudences [5].

1312. La complicité de banqueroute frauduleuse n'est pas moins coupable que le crime principal.

Les individus convaincus de s'être entendus avec le banqueroutier, à l'effet de frauder ses créanciers, sont réputés ses complices, condamnés aux mêmes peines, à reintégrer à la masse des créanciers les biens, droits et actions frauduleusement soustraits, et à payer à cette masse, à titre de dommages-intérêts, une somme égale à celle dont ils voulaient la frustrer. Ces dispositions s'appliqueraient à un syndic qui se serait fait, au préjudice de la masse, délivrer des marchandises en garantie de sa créance [6].

Nous avons déjà fait remarquer, nº 1170, qu'il y avait une présomption de complicité contre les créanciers fictifs qui, lors de la vérification et affirmation de leurs créances, avaient persisté dans leur fausse allégation. La même règle s'applique à ceux qui, ayant, de fait, concouru à quelques détournements, se seraient prétendus légitimes propriétaires des choses détournées, lorsque les syndics les ont assignés pour en faire rapport à la masse.

La femme du failli n'est pas à l'abri des poursuites de la justice, si, de complicité avec son mari pour frauder les créanciers [7], elle a détourné une portion quelconque de l'actif, ou prêté son nom et son intervention à des actes faits par son mari en fraude des créanciers.

Le crime de complicité de banqueroute ne pouvant exister que s'il y a banqueroute, il est évident que ce dernier fait doit être constaté avant tout [8]; mais il ne s'ensuit pas que si le coupable de banqueroute n'était pas poursuivi, par quelque cause que ce pût être, ou même était déchargé d'accusation, il fallût en conclure l'impossibilité de poursuivre, ou la nécessité d'acquitter ceux qu'on prétendrait avoir aidé le failli à commettre le crime dont il a été accusé [9].

[1] Cass., 24 sept. 1819.

[2] Rejet, 3 juill. 1823. Dalloz, t. 15, p. 361.

[3] Cass, 9 sept. 1813. Dalloz, t. 15, p. 369

[4] Cass., 13 mai 1826. — Cass, 3 nov 1826. — Cass., 26 janv. 1827.— Cass, 10 fév. 1827. Ces arrêts sont de la chambre criminelle. J. du 19e s, 1827, 1e, p. 159, 366 et 484, et 1828, 1e, p. 30.

[5] Rejet (chambre criminelle), 13 août 1825.

[6] Cass. (chambre criminelle), 29 avril 1825

[7] Cass., 26 janv. 1827 (chambre criminelle). J. du 19e s., 1827, 1e, p. 484.

[8] Cass., 14 janv. 1820

[9] Cass., 14 prairial an XII — Rejet (chambre criminelle), 3 juin 1830 J. du 19e s, 1830, 1e, p. 389.

TITRE III.

DE LA RÉHABILITATION.

1313. Les lois qui, jusqu'à présent, règlent l'exercice des droits politiques, en excluent les personnes en état de faillite. Un décret du 12 octobre 1794 (21 vendémiaire an III) les déclare incapables de fonctions publiques. L'acte du 13 décembre 1799 (22 frimaire an VIII), que l'on peut considérer encore comme loi subsistante, puisque diverses ordonnances royales en ont rappelé des dispositions, porte, article 5, que l'état de faillite suspend l'exercice des droits de citoyen. D'un autre côté, nul failli, même déclaré excusable, ne peut se présenter à la bourse.

Les règlements ont étendu cette prohibition à quelques autres droits. Ainsi, un failli non réhabilité ne peut être nommé agent de change ou courtier; d'après l'article 14 de l'acte du 11 juin 1809, il ne peut assister aux assemblées pour nommer les prud'hommes, ni par conséquent être nommé à ces fonctions; il ne peut être admis à l'escompte de la banque de France, suivant l'article 50 de l'acte du gouvernement du 16 janvier 1808; il ne peut, dans les pays étrangers, être député de la nation, ni assister à ses assemblées, conformément aux articles 45 et 51 du titre II de l'ordonnance du 3 mars 1781; il ne peut être admis à ouvrir un spectacle, suivant l'article 13 de l'acte du gouvernement du 18 juin 1806. Mais il n'est pas privé pour cela de ses droits civils, tels que celui d'être témoin dans un testament [1], ou autres cas semblables.

1314. L'objet de la réhabilitation est d'effacer cette tache, et de rendre au failli tous les avantages dont il était privé. Elle est la seule voie pour y parvenir. Du moment que le jugement qui déclare le débiteur en faillite est devenu, à son égard, chose jugée, la qualité de failli a produit tous ses effets contre lui, et ne peut être effacée que par la réhabilitation. La rétractation ou réformation du jugement, hors les cas expliqués nos 1110 et suiv., serait sans effet [2], quand même l'opposition au jugement qui déclare la faillite serait formée par des créanciers à l'égard desquels il n'aurait point encore l'autorité de la chose jugée : cette opposition ne pourrait, fût-elle admise, avoir d'effets qu'en faveur de l'opposant, et ne changerait point le sort du débiteur envers qui cet état de chose jugée existerait.

1315. Le bénéfice de la réhabilitation n'est point accordé aux stellionataires, aux individus condamnés pour vol et escroquerie, aux comptables, tels que les tuteurs, administrateurs dépositaires, qui n'ont pas rendu ou soldé leurs comptes; aux banqueroutiers frauduleux. Mais cette rigueur ne s'étend pas aux banqueroutiers simples : après qu'ils ont subi la peine prononcée contre eux, ils peuvent être réhabilités.

1316. Le failli qui se croit admissible à la réhabilitation, ne peut en former la demande qu'après avoir acquitté intégralement toutes les sommes par lui dues au moment où sa faillite a été ouverte, en principal, et même les intérêts à compter de l'échéance, quoique le créancier n'ait formé aucune action pour les faire courir, parce que l'état de faillite constituait suffisamment le débiteur en demeure, et que le silence du créancier doit être plutôt attribué à l'impossibilité de faire des poursuites dans laquelle le constituait un concordat, ou à la crainte de faire des frais inutiles, qu'à une renonciation à ses droits. Mais on ne doit pas perdre de vue, dans ces cas, que la quittance du capital fait supposer que le failli s'est libéré des intérêts.

Le failli doit adresser sa requête à la cour royale dans le ressort de laquelle il est domicilié, et y joindre les quittances et autres pièces justificatives du paiement total de ses dettes.

Le procureur-général, à qui cette requête est communiquée, en adresse des expéditions certifiées au procureur du roi près le tribunal d'arrondissement, et au président du tribunal de commerce du domicile du requérant. Si ce domicile n'était pas le même que celui qu'il avait lors de la faillite, une troisième expédition devrait être adressée au président du tribunal de commerce dans l'arrondissement duquel cette faillite a eu lieu.

Chacun de ces magistrats est chargé de recueillir tous les renseignements sur la

1 Rejet, 10 juin 1824. — Rejet, 10 mars 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 252.

2 Cass., 28 nov. 1827. J. du 19e s., 1828, 1e, p. 121.

vérité des faits exposés : en conséquence, il en fait afficher copie, tant dans la salle d'audience de son tribunal, qu'à la bourse et à la maison commune. Cette copie reste affichée pendant deux mois, et, en outre, elle est insérée dans les journaux, comme la déclaration de faillite.

Pendant ce délai, quiconque était à quelque titre que ce soit, créancier du demandeur à l'époque de sa faillite, et qui n'a pas été payé intégralement en principal, intérêts et frais, et toute autre partie intéressée, peut former opposition à la réhabilitation par un simple acte de déclaration, reçu par le greffier, soit du tribunal civil, soit du tribunal de commerce, appuyé de pièces justificatives, s'il y a lieu. L'opposant pourrait même, si les délais étaient expirés, faire cette déclaration au greffe de la cour royale. Elle doit contenir les causes d'opposition, et surtout établir ce que l'opposant prétend lui être encore dû par le failli.

Le droit ne va pas, toutefois, jusqu'à se rendre partie dans la procédure en réhabilitation, parce que ce n'est point une affaire qui s'instruise contradictoirement.

Ce failli peut faire cesser l'effet de ces oppositions, soit en payant les sommes réclamees, soit en faisant, au cas de refus, des offres et une consignation, soit enfin en faisant juger qu'il n'est point débiteur de la somme réclamée, c'est-à-dire, qu'au cas où il n'eût pas failli, l'opposant n'aurait pas été fondé à lui demander cette somme.

Après l'expiration des deux mois, les magistrats auxquels la demande a été renvoyée transmettent, chacun séparément, au procureur-général, les renseignements qu'ils ont obtenus, les oppositions qui ont été formées, et les notions particulières qu'ils peuvent avoir recueillies sur la conduite du failli. Ils y joignent leur avis, et le procureur-général fait rendre sur le tout un arrêt portant admission ou rejet de la demande. Si elle est rejetée, elle ne peut plus être reproduite. Si elle est admise, l'arrêt est adressé aux magistrats à qui la demande a été communiquée pour l'instruction; ils en ordonnent la lecture publique, et la font transcrire sur les registres de leurs tribunaux respectifs.

1317. On a vu, n°s 1211 et 1255, que les créanciers, porteurs d'obligations solidaires, souscrites par plusieurs faillis, prenaient un dividende dans les distributions de toutes les masses. Il peut se présenter quelques difficultés sur la manière dont les faillis devront ensuite se régler entre eux, dans le cas de demandes en réhabilitation. La combinaison et l'application des principes exposés sur l'exercice des droits des divers créanciers, peut les résoudre, parce qu'alors, à la différence de ce que nous avons dit, que l'état de faillite ne permettait point de recours des différentes masses les unes envers les autres, il y a lieu d'agir contre celui qui veut se réhabiliter, comme on eût agi contre lui s'il n'avait pas été constitué en faillite.

Pour indiquer le mode d'exécution à adopter, nous emploierons l'exemple suivant, qui pourra recevoir son application à un grand nombre de cas semblables ou analogues.

Antoine est porteur d'une lettre de change de 3,000 fr.; à l'échéance, le tireur et les endosseurs étaient en faillite.

Jacques, tireur, payant cinquante pour cent, Antoine, porteur, reçoit 1,500 fr., qui sont émargés sur son titre, comme on l'a vu n° 1264; et par conséquent la faillite de Jacques a déboursé la somme de. . . . . 1,500 fr.

Jean, premier endosseur, paie quarante pour cent; Antoine reçoit donc de cette faillite. 1,200

René, second endosseur, paie vingt pour cent; Antoine reçoit pour solde de sa créance. 300

Total de ce que reçoit Antoine, égal au montant de son titre. . . . . 3,000 fr.

Voilà donc ce porteur parfaitement désintéressé. Nous supposons qu'il a laissé le titre de créance au syndic des créanciers de René, dont la masse a effectivement un recours à exercer contre les endosseurs précédents et le tireur.

Maintenant, comment ce tireur et ces endosseurs faillis, en cas de réhabilitation, procéderont-ils entre eux pour s'acquitter les uns envers les autres?

Il ne faut pas perdre de vue qu'Antoine étant payé, il ne s'agit plus que de régler les faillis entre eux : or, le tireur est le principal obligé; les autres qui suivent ne doivent que dans le cas où ce tireur, et successivement ceux qui viennent après lui, sont entièrement insolvables; de façon que le dernier endosseur ne doit qu'autant que ceux qui le précèdent ne paient pas.

Supposons, à présent, que Jean, premier endosseur, veuille se réhabiliter; il doit payer à René, second endosseur, les 300 fr. que celui-ci a déboursés, et de plus les intérêts et frais, s'il en a été fait, ci. . . . 300 fr. }
Il avait payé lui-même un dividende de. . . 1,200 fr. } 1,500 fr.
Il devient créancier du tireur de ces 1,500 fr., qu'il recevra à l'époque où celui-ci voudra se réhabiliter; et comme nous avons supposé que ce tireur avait payé. 1,500

La dette sera éteinte, telle qu'elle s'élève, à. . . . . 3.000 fr.

Si le tireur se réhabilite le premier, il devra payer, avec intérêts et frais, à Jean, la somme que celui-ci avait déboursée. 1,200 fr. }
A René, comme ci-dessus. 300 } 1,500 fr.
Et, moyennant la somme de 1,500 francs qu'il avait déjà payée, l'effet se trouve soldé, ci. 1,500

Total égal. . . . 3,000 fr.

Si René commence par se réhabiliter, il ne devra point payer à Jean les 1,200 francs que celui-ci avait déboursés, non plus que les frais et intérêts, parce que tout ce qu'a payé cet endosseur, il le devait à la décharge de René, envers qui il était garant; de même il ne devra rien rembourser au tireur, puisque celui-ci lui devra garantie.

On ne doit jamais, en effet, perdre de vue, dans les matières de réhabilitation, le principe que le failli doit justifier, quelle que soit sa qualité de caution ou de coobligé, qu'il a acquitté ses obligations de la même manière que s'il n'avait jamais cessé d'avoir l'administration de ses biens.

TITRE IV.

DE LA SUSPENSION DE PAIEMENTS.

1318. La cessation de paiements constituant la faillite, il ne paraît pas naturel que la simple suspension, si elle n'a pas été suivie d'une cessation effective, produise les mêmes résultats.

Un commerçant peut, après un embarras momentané, qui aurait donné lieu à quelques protêts ou à des poursuites, reprendre ses paiements et satisfaire ceux qui l'ont poursuivi pendant cette gêne momentanée; il ne serait donc pas juste de le considérer comme failli.

Il peut même arriver qu'après la déclaration faite par le débiteur, et avant que le jugement qui proclame sa faillite soit rendu, les créanciers, comme nous l'avons vu n° 1111, aiment mieux proroger les termes pour le paiement de ce qui leur est dû, que de laisser rendre un jugement dont l'effet sera de détruire tout le crédit de leur débiteur. C'est ce que, dans l'usage, on appelle acte d'*attermoiement*. Ces conventions, qui interviennent avant qu'un jugement ait déclaré l'ouverture de la faillite, sont des actes libres, dont les clauses dépendent de la volonté des contractants; elles ne lient que ceux qui les ont souscrites. Ils ne peuvent les révoquer que dans les cas où le débiteur ne remplissant pas ses engagements, ils pourraient invoquer la clause résolutoire expresse ou sous-entendue, suivant les principes développés n° 239, ou par l'application des règles concernant les contrats collectifs, lorsque ceux qui ont donné leur consentement l'ont subordonné au consentement des autres créanciers, suivant ce qui a été dit n° 143, et enfin, à tout ce qui concerne la validité ou la preuve des obligations en général.

Dans ces cas divers, ni le ministère public, ni même des créanciers de sommes non exigibles, étrangères à ces arrangements, ne seraient fondés à prétendre que le débiteur a été, et est resté en état de faillite. Ainsi, les conventions d'attermoiement faites collectivement ou individuellement, dans ces circonstances, ne seraient pas soumises aux formalités exigées pour le concordat, ni susceptibles d'être attaquées par l'un des accédants, sous prétexte que le débiteur aurait assuré de plus grands avantages à un autre. Ainsi, ni l'exigibilité générale des créances que nous avons vu être l'effet de l'état de faillite, ni la nécessité d'une réhabilitation, ne nous semblent devoir être la conséquence de l'état de gêne momentané qu'aurait éprouvée le débiteur.

1319. Mais, si parmi les créanciers de sommes échues, il s'en trouvait qui ne voulussent pas consentir cet attermoiement, ce que nous avons dit n° 1237, sur l'obligation de la minorité de céder à la volonté de la majorité, ne serait plus applicable à cette sorte d'accommodement. Les refusants au-

raient incontestablement le droit d'exiger leur paiement par toutes les voies légales, sauf au tribunal, dans les cas où cette faculté ne lui est pas interdite, à donner au débiteur qui lui paraîtrait mériter de l'indulgence, un délai pour s'acquitter. Ces créanciers pourraient même, en réunissant à la circonstance que le débiteur ne les paie pas, celle qu'il a pris des arrangements avec d'autres créanciers, prétendre qu'il doit être déclaré en faillite [1]; et ce serait au tribunal à prononcer suivant les règles exposées n° 1100 et suivants.

On ne saurait se fonder sur la distinction que, dans le langage usuel, il est possible de faire, entre *cesser* ses paiements, et se borner à les *suspendre*, pour en induire qu'un commerçant qui éprouve l'impossibilité d'acquitter ses engagements échus par défaut de numéraire, quoiqu'il possède en immeubles ou en marchandises plus qu'il ne faut pour se libérer, ait droit de prétendre, contre ceux qui essaieraient de le faire déclarer en faillite, que son état est celui d'une simple suspension de paiements; qu'en prouvant qu'il possède plus qu'il ne doit, il est libre de tirer le meilleur parti de sa fortune, et que ses créanciers doivent être, pendant un certain temps, privés de la faculté de le poursuivre pour obtenir le paiement des créances échues.

La législation française n'admet plus les *répits*, *arrêts de surséance*, *lettres d'état*, qu'autorisait l'ordonnance du mois d'août 1669, par l'effet desquels un débiteur obtenait, par grâce de l'autorité royale, un sursis à toutes poursuites contre ses biens et contre sa personne, sans être déclaré failli, ni traité comme tel.

Elle n'a point tracé la marche à suivre dans le cas où un débiteur prétendrait n'être qu'en état de simple suspension de paiements. C'est annoncer suffisamment qu'elle ne reconnaît point cet état; qu'elle n'y attache aucun effet, comme elle en attribue à l'état de failli; et, qu'à ses yeux, ne pas obtenir de termes de ceux qui ont droit d'en refuser, c'est être, à leur égard, en cessation de paiements [2].

[1] Cass., 30 avril 1810. Dalloz, t. 15, p. 28

[2] Boulay-Paty, n. 24

TITRE V.

DE LA DÉCONFITURE.

1320. On a vu par ce que nous avons dit n° 1093 et 1298, ainsi que par la définition que nous avons donnée de la faillite, que cet état ne peut jamais convenir à ceux qui, ne faisant pas leur profession habituelle d'exercer des actes de commerce, se trouveraient, même par suite d'opérations commerciales auxquelles ils se seraient livrés momentanément, dans l'impossibilité de satisfaire à leurs engagements. Cette position est appelée *déconfiture*. Nous allons, dans un premier chapitre, faire voir à quels caractères on peut reconnaître cet état; dans le second, les effets qu'il produit.

CHAPITRE PREMIER.

Des Caractères de la Déconfiture.

1321. La déconfiture est la position du non commerçant qui se trouve, par l'accumulation de condamnations ou de poursuites dirigées contre lui, hors d'état de payer ce qu'il doit.

Dès qu'une personne n'est pas du nombre de celles qu'on peut, d'après les règles données n° 77 et suiv., déclarer commerçantes, ou leur assimiler, pour les cas de faillite, l'exercice qu'elle aurait fait antérieurement d'une profession commerciale, si elle l'a abandonnée, si elle a cessé toute espèce de commerce, ne serait pas un motif pour appliquer à son insolvabilité les règles de la faillite [3]. Il en serait de même si une personne, sans qu'on pût la déclarer commerçante, avait souscrit des engagements commerciaux dont l'inexécution constaterait son insolvabilité [4].

Indépendamment de cette différence tirée de celle des personnes qui peuvent devenir insolvables, la faillite diffère essentiellement de la déconfiture. La première est un état

[3] Cass., 11 floréal an XI — Cass., 16 mars 1818. Dalloz, t. 15, p. 24.

[4] Rejet, 21 nov. 1812. Dalloz, t. 15, p. 353

de cessation de paiements, sans distinction s'il provient d'une insolvabilité réelle et absolue, ou seulement d'un embarras momentané. Quel que soit l'actif d'un commerçant, fût-il dix fois au-dessus de son passif, s'il cesse de payer, il est en faillite. Au contraire, s'il est exact dans ses paiements; si, par un crédit toujours soutenu, il fait constamment honneur à ses engagements, dût-il dix fois plus qu'il ne possède, il n'est pas en état de faillite.

Mais qu'un simple particulier laisse prononcer contre lui des condamnations, ne paie personne, quoiqu'il ait des meubles ou des immeubles, il ne sera pas en déconfiture, car ses créanciers peuvent le saisir, l'exproprier. Il n'y a de déconfiure que là seulement où la discussion de tous les biens ne produit pas l'acquittement de toutes les dettes.

Ainsi le commerçant est *failli* lorsqu'il ne possède plus de crédit, quand même il aurait plus de biens que de dettes, ce qui n'est pas impossible. On a vu des commerçants avoir pour un million d'immeubles, et au plus 300,000 fr. de dettes, être cependant constitués en faillite, parce qu'ils ne payaient pas aux échéances. Le non commerçant est *déconfit*, lorsqu'il n'a pas autant de fortune que de dettes.

CHAPITRE II.

Des Effets de la Déconfiture.

1322. La déconfiture ne dessaisit point le débiteur de l'administration de ses biens, et ne frappe d'aucune présomption légale de nullité des emprunts, ventes, hypothèques et autres dispositions qu'il a faits à quelque époque que ce soit [1].

Elle donne à ceux qui étaient associés avec le débiteur, le droit de provoquer la dissolution de la société; elle met fin au mandat; elle ôte au débiteur déconfit la faculté de réclamer le bénéfice du terme, et rend exigible, même le capital d'une rente constituée; elle prive l'acheteur du droit d'exiger la délivrance de ce qui lui a été vendu, s'il ne donne caution; elle rend exigibles les créances de la femme commune; elle donne à la caution du débiteur, le droit d'agir contre lui avant d'avoir payé; le créancier qui a accepté une délégation sur une personne en déconfiture, et qui, par la suite, décharge le délégant, ignorant la déconfiture du délégué, peut exercer son recours contre le premier, nonobstant la décharge qu'il a consentie. Tous ces effets s'appliquent à la faillite.

Mais les autres principes du droit commun ne sont point modifiés par la position du débiteur en déconfiture; ses créanciers n'ont droit de le priver de sa liberté qu'autant qu'il y aurait des contraintes par corps prononcées contre lui; ils ne peuvent le poursuivre devant les tribunaux correctionnels ou les cours d'assises, pour le désordre de ses affaires, l'imprudence de sa conduite, l'excès de ses dépenses, le scandale de ses profusions ou de ses dissipations, qu'autant que, par quelque fraude prouvée, il leur aurait porté préjudice; ils n'ont pas le droit de s'unir pour administrer ses biens, ou les vendre, afin de s'en partager le gage commun, si le débiteur n'y consent : la saisie et l'expropriation sont leur seule ressource; et lors même qu'ils sont unis, les règles du droit commercial qui, dans de semblables circonstances, admettent la majorité à dicter des lois à la minorité, ne peuvent être suivies. Il faut que les créanciers soient unanimes, ce qui ne ferait aucun obstacle à ce que, s'ils s'unissent de concert avec le débiteur, ils ne puissent consentir que les mesures, ou les délibérations ultérieures pourront être prises à la majorité des créanciers présents, suivant des règles que leur acte d'union aura déterminées.

Il n'y a point aussi à rechercher d'après quelles preuves et quelles circonstances on déterminera l'époque à laquelle la déconfiture a commencé; cette fixation est inutile, parce que chacun des créanciers exerce ses droits d'après les obligations souscrites à son profit, si elles ne sont pas déclarées nulles d'après les règles du droit commun.

1323. Ce n'est pas que des créanciers ne puissent, dans une telle circonstance, critiquer des aliénations ou tous autres actes que le débiteur, saisi de toutes parts et poursuivi en expropriation forcée, aurait consentis. Mais, au lieu d'appliquer les présomptions légales qui feraient prononcer cette nullité de

[1] Rejet, 2 sept. 1812. — Rejet, 9 ou 11 fév. 1812. Dalloz, t. 15, p. 364

plein droit, et par le seul fait que les actes seraient voisins du jour que l'insolvabilité s'est manifestée, il faudrait articuler et prouver la fraude de celui avec qui les actes auraient été passés. On ne pourrait appliquer que les règles du droit civil, telles que nous les avons présentées nos 1227 et suiv. Les présomptions légales qu'a établies le droit commercial seraient sans effet; ou ne pourrait faire usage que de celles qui sont laissées à la conscience du juge, et qui, si elles peuvent être admises en cette matière, doivent du moins être graves, précises, concordantes et vraisemblables.

TITRE VI.

DE LA CESSION DE BIENS.

1324. La cession de biens est, en général, l'abandon qu'un débiteur fait de tous ses biens à ses créanciers. Cette voie n'est point spéciale au commerce; le droit civil l'a établie en faveur de tous débiteurs, quelle que soit leur profession; et le droit commercial, loin de l'exclure, l'a admise sans modification.

Elle est volontaire ou judiciaire : ce sera l'objet de deux chapitres.

CHAPITRE PREMIER.

De la Cession de biens volontaire.

1325. La cession de biens volontaire est celle que les créanciers acceptent volontairement. Les effets en sont réglés par les conventions passées entre eux et le débiteur. Ainsi on peut arrêter, par une des clauses d'un concordat, que le failli fera cession de ses biens, et cette clause ne change rien à tout ce que nous avons dit sur cet acte. La cession, dans ce cas, est considérée comme volontaire, parce que, d'un côté, le débiteur l'a offerte, et de l'autre, les créanciers dont la majorité légale aurait pu laisser au failli tous ses biens, en lui accordant des remises importantes sur ses dettes, et même des délais pour les acquitter, malgré le refus de la minorité, a pu, à plus forte raison, se contenter d'un abandon des biens de ce même failli.

La cession volontaire par un commerçant rentre donc dans la classe des attermoiements et des arrangements que rien n'interdit, mais auxquels personne ne peut être contraint, à moins que toutes les formalités prescrites pour parvenir au concordat et pour le faire homologuer, n'aient été remplies. Si, au contraire, tous sont d'accord pour accepter la cession, aucune de ces conditions n'est requise.

Le jugement des contestations auxquelles donnerait lieu l'interprétation de quelque clause de l'acte contenant cette cession, devrait être rendu suivant les règles générales, et l'inexécution du contrat ferait rentrer les parties intéressées dans les droits dont elles ne se seraient départies que sous la foi de cette exécution entière. Ainsi, dans le cas où des créanciers viendraient à prouver que le failli a retenu quelques-unes des choses qui devaient être comprises dans la cession, ils pourraient la faire annuler.

1326. Cette cession, quoique volontaire, n'a pas les effets d'une vente, s'il n'en résulte formellement que le débiteur ait eu l'intention de faire, et les créanciers d'accepter une dation en paiement; hors ce cas, elle ne dépouille pas le débiteur de sa propriété; seulement il n'est plus maître d'en disposer malgré eux, et la bonne foi de celui à qui il aurait vendu depuis cet événement ne validerait pas la vente [1]. La propriété reposant toujours sur sa tête, s'il mourait, ses héritiers en seraient saisis de plein droit, sauf l'action des créanciers, pour les contraindre à exécuter les engagements du débiteur ou à payer; ils seraient considérés, pour toutes les suites et charges de cette transmission, comme propriétaires de ces biens [2].

Il faut en conclure que si, avant la vente commencée, le débiteur trouvait le moyen de satisfaire intégralement tous ses créanciers, il rentrerait, par ce fait seul, dans la libre disposition de ses biens; et si, par quel que événement extraordinaire, les biens

[1] Cass, 8 oct. 1806 — Cass., 28 juin 1810. Dalloz, t. 15, p. 78.

[2] Cass, 17 juin 1809.

étaient vendus pour un prix excédant ce qu'il devait, le reste lui appartiendrait exclusivement. Les créanciers n'ont que le droit de les faire vendre, et, jusque-là, d'en percevoir, par imputation sur leurs créances, les fruits qui ne s'immobilisent pas comme dans la saisie immobilière [1].

Enfin la vente de ces biens n'est assujettie qu'aux formes convenues entre le débiteur et les créanciers, et lorsqu'elle a eu lieu par adjudication, elle n'est pas sujette à la surenchère particulière, dont nous avons parlé n° 1265.

CHAPITRE II.

De la Cession de biens judiciaire.

1327. Le plus souvent, le failli qui n'a pu réussir à faire un concordat est réduit à employer la ressource d'une cession de biens judiciaire.

On peut la définir, un bénéfice accordé par la loi au débiteur de bonne foi, de faire à ses créanciers, même malgré eux, l'abandon de tous ses biens, sans autre réserve que celle de ceux qu'il aurait pu réclamer dans le cas prévu n° 1258, afin d'obtenir, par ce moyen, la liberté de sa personne.

Tout débiteur, commerçant ou non, a cette faculté, nonobstant toute convention contraire. Mais la faveur accordée à certaines créances, ou la nature particulière des causes qui leur ont donné l'existence, fait quelquefois que le bénéfice de cession ne produit aucun effet contre le créancier placé dans cette classe.

1328. Ce bénéfice n'étant accordé qu'au débiteur malheureux et de bonne foi, celui qui le réclame doit prouver ces deux choses : ce n'est point ici le cas où la bonne foi est présumée; le débiteur ne peut obtenir cette grâce qu'à la charge de prouver qu'il en est digne. Ainsi, tous ceux auxquels on peut reprocher de la fraude, en sont exclus; telles seraient les personnes condamnées pour banqueroute frauduleuse. Ainsi, d'après ce qui a été dit n° 128, la faillite d'un agent de change ayant toujours le caractère de banqueroute frauduleuse, il ne peut être admis à la cession de biens.

Quant au failli coupable de banqueroute simple, il n'est pas, de droit, privé de cette faveur : il peut n'être qu'imprudent, et non de mauvaise foi; c'est donc au tribunal à apprécier les faits sur lesquels sa condamnation a été fondée. Des spéculations hasardées peuvent en effet donner lieu à déclarer un débiteur en banqueroute simple, et cependant ne pas exclure sa bonne foi : au contraire, des pertes au jeu, dans l'agiotage, par le luxe, tout en ne donnant lieu qu'à le déclarer en banqueroute simple, semblent exclure la bonne foi, et ne peuvent guère laisser au failli l'espoir de la prouver.

Le bénéfice de cession est refusé aux étrangers, sans distinction de la bonne ou mauvaise foi qu'on reconnaîtrait dans leur conduite; mais on ne range pas, dans ce nombre, un étranger ayant un établissement en France, avec permission du Roi.

Cette exception n'entraîne pas de réciprocité, et un Français est admissible à la cession de biens contre un étranger, pourvu que cette cession soit faite devant des tribunaux français [2]; car celle qu'un tribunal étranger aurait admise, quoique en faveur d'un Français, ne serait d'aucune considération en France, tant qu'elle n'y aurait pas été rendue exécutoire.

1329. Indépendamment de ce cas général dans lequel la conduite du débiteur est considérée envers tous ses créanciers, il se rencontre, comme nous l'avons dit n° 1327, quelques circonstances dans lesquelles un créancier pourrait s'opposer à ce qu'on admît la cession de biens à son égard, sans que ces mêmes motifs militassent en faveur des autres : ainsi un comptable, pour le reliquat de ses comptes, un dépositaire, pour la restitution de la chose déposée, ne jouit pas du bénéfice de cession envers le créancier de ce compte, ou de ce dépôt.

On peut même étendre ce principe au cas où une condamnation aurait été prononcée pour vol simple ou escroquerie, envers une seule personne, si ce délit ne paraissait point avoir entaché le reste des opérations du débiteur, par exemple, aux stellionataires, c'est-à-dire à ceux qui ont vendu un immeuble, comme libre d'hypothèque, quoiqu'il en fût grevé, ou bien qui

[1] Rejet, 17 mars 1807.

[2] Rejet, 19 fév. 1806. Dalloz, t. 20, p. 524.

ont vendu ou hypothéqué pour leur intérêt, l'immeuble qui ne leur appartenait pas; ou, pour choisir un exemple dans le droit commercial, à celui qui aurait assuré ou fait assurer des choses dont il connaissait l'arrivée ou la perte.

Mais ces exceptions sont uniquement dans l'intérêt des personnes envers qui le débiteur est obligé par des actes de cette espèce. S'il trouvait quelques moyens de les satisfaire, ou si elles gardaient le silence, d'autres créanciers ne pourraient invoquer cette exception contre lui. Si même ces créanciers spéciaux n'avaient pas opposé cette exception lorsque la demande en cession de biens a été instruite et jugée avec eux, ils ne seraient plus recevables à exercer la contrainte par corps contre le débiteur [1].

1330. Le failli qui peut et veut obtenir le bénéfice de cession, est tenu de former sa demande à cet effet devant le tribunal civil de son domicile, quand même toutes ses dettes seraient commerciales. Cette demande est communiquée au procureur du roi, et insérée dans les journaux, en la même forme que le jugement qui déclare l'ouverture d'une faillite. Elle n'est point introduite par assignation aux créanciers; elle ne suspend l'effet d'aucune poursuite, pas même de la contrainte par corps, sauf au tribunal à ordonner, parties appelées, qu'il y sera sursis : par conséquent, un failli ne peut, s'il est arrêté, obtenir provisoirement sa liberté, sous prétexte qu'il a formé une demande en cession de biens qui est pendante devant le tribunal où il est poursuivi. A plus forte raison, il ne pourrait réclamer sa liberté incidemment à une demande portée devant un tribunal, autre que celui de son domicile [2], ni faire de cette circonstance une exception contre l'exercice de la contrainte par corps tentée à son égard.

1331. La cession de biens ne tient point tellement au système de la législation sur les faillites, qu'un commerçant soit non recevable à en réclamer le bénéfice, pour n'avoir pas rempli les conditions de déclaration dont nous avons parlé nº 1096; car le défaut d'exécution de ces conventions ne donne que la faculté de poursuivre le failli comme banqucroutier simple. Mais le tribunal civil ne pouvant statuer qu'en connaissance de cause, il faut que le débiteur, s'il n'est pas encore déclaré en état de faillite, dépose au greffe du tribunal son bilan, ses livres et ses titres actifs, s'il en a; la circonstance qu'il n'en aurait pas tenu, ne serait pas un motif péremptoire pour lui refuser le bénéfice de cession [3]. Si c'est au cours d'une faillite déclarée que le débiteur use de cette ressource, le tribunal civil prend les mesures convenables pour se faire remettre les pièces nécessaires.

1332. Si la demande du débiteur est admise, il doit faire cette cession en personne, ses créanciers présents ou dûment appelés à l'audience du tribunal civil qui l'a admise; s'il existe un tribunal de commerce dans l'arrondissement, il doit la réitérer à ce tribunal, et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, à la mairie du même domicile, un jour de séance. Dans ce dernier cas, sa déclaration est constatée par procès-verbal d'huissier, qui est signé du maire. S'il est détenu, le jugement qui l'admet au bénéfice de cession, ordonne son extraction de la maison d'arrêt, à l'effet de faire ces déclarations.

Dans tous ces cas, ses nom, prénoms, profession et demeure sont inscrits sur des tableaux à ce destinés, dans l'auditoire du tribunal de commerce de son domicile, ou du tribunal civil qui en fait les fonctions, dans le lieu des séances de la mairie, et à la bourse.

1333. Les effets de la cession judiciaire sont, à l'égard de la propriété, les mêmes que ceux de la cession volontaire. En ce qui concerne les droits des créanciers contre le débiteur, elle leur attribue le pouvoir de vendre les biens, avec les formes requises dans les faillites; et quoique faite malgré eux, elle a pour effet d'opérer la décharge de la contrainte par corps, pour toutes dettes antérieures à cette cession, et même de procurer l'élargissement du débiteur, s'il était déjà détenu.

Mais elle ne le libère que jusqu'à concurrence de la valeur des biens abandonnés; s'il lui en survient d'autres, il est obligé d'en faire encore cession, et ainsi de suite, jusqu'à parfait paiement.

1334. Ce serait donc aux tribunaux à

[1] Rejet, 15 avril 1818 — Rejet, 23 janv. 1822
[2] Cass., 23 fév. 1807

[3] Rejet, 15 mai 1816. Dalloz, t. 15, p. 264

décider quels délais il leur paraît convenable d'accorder à un débiteur industrieux qui, dans la vue de faire subsister sa famille, essaierait de reprendre le commerce, et dont il ne serait pas juste d'arrêter les efforts par des poursuites et des saisies journalières que feraient ses anciens créanciers non satisfaits. A cette égard, c'est le cas où, dans le silence de la loi, le juge doit se reporter aux règles de l'équité naturelle : on agirait comme dans celui qui a été prévu nº 1268 ; et surtout, il ne faudrait pas perdre de vue ce qui a été dit nº 1117, que les créanciers, en exerçant leurs droits sur les nouveaux biens de leur débiteur, seraient tenus de souffrir l'exercice des droits et l'acquittement des charges, sous la condition desquels ces biens sont provenus à ce dernier.

SEPTIÈME PARTIE.

DE LA JURIDICTION ET DE LA PROCÉDURE.

1355. La nécessité de faire statuer sur les contestations commerciales, par des juges habitués à ces sortes d'affaires, a toujours été reconnue. Ces juges, établis en France sous les titres divers de *conservateurs des priviléges des foires*, puis de *consuls des marchands*, qui leur furent successivement donnés par les édits de 1563, 1673 et quelques autres postérieurs, subsistèrent long-temps sous ces dénominations. La loi du 24 août 1790 leur donna le nom de *tribunal de commerce*, qu'ils portent encore.

Comme cette institution n'eût produit aucun des avantages qu'on devait en attendre, si la simplicité des formes n'avait rendu les décisions aussi promptes que faciles, un mode de procédure approprié à ces tribunaux et aux affaires de leur compétence, a été également établi.

Nous avons vu, n. 1001, que l'arbitrage était forcé dans le commerce, lorsqu'il s'agissait de juger des contestations entre associés. Dans tous les autres cas, il peut être la ressource de ceux qui voudraient recourir à ce mode raisonnable de terminer leurs différents.

Nous avons dit aussi, n. 110, que le jugement des contestations relatives aux brevets d'invention avait été confié aux juges-de-paix, et n. 163 et suivants, que celui des contrefaçons était attribué aux tribunaux de police correctionnelle ; on a vu enfin, n. 108, qu'une juridiction spéciale, pour les contestations entre les fabricants et leurs ouvriers, avait été donnée aux conseils de prud'hommes.

Lorsqu'en pays étranger, des Français ont entre eux quelqu'affaire de nature à être portée en France devant les tribunaux de commerce, les agents diplomatiques, nommés *consuls*, dont nous avons parlé, n. 105, sont investis de cette attribution.

La nature des contestations commerciales force souvent à examiner jusqu'où peut s'étendre l'influence des lois, actes ou jugements étrangers, sur les décisions que les tribunaux français sont appelés à prononcer.

Enfin, la plupart des condamnations, en matière commerciale, donnent lieu à la contrainte par corps.

On voit, par cet exposé, que les objets dont se compose cette dernière partie peuvent être divisés en huit titres. Le premier traitera de l'établissement et de l'organisation des tribunaux de commerce; le second, de leur compétence; le troisième, de la procédure commerciale; le quatrième, de l'arbitrage; le cinquième, des autres juridictions particulières établies dans l'intérêt du commerce; le sixième, de celle des consuls en pays étranger; le septième, de l'application, par les tribunaux français, des lois, actes ou jugements étrangers; le huitième, de la contrainte par corps.

TITRE PREMIER.

DE L'ÉTABLISSEMENT ET ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1336. Nous diviserons ce titre en trois chapitres. Le premier fera connaître les règles sur l'établissement, le placement et la circonscription des tribunaux de commerce; le second traitera de l'élection et de l'institution des juges dont ces tribunaux sont composés; le troisième, de leur discipline intérieure.

CHAPITRE PREMIER.

De l'Établissement, du Placement et de la Circonscription des tribunaux de commerce.

1337. L'établissement des tribunaux de commerce n'a paru nécessaire que dans les lieux où les opérations commerciales étaient fréquentes. Le droit d'en créer où il le croit convenable, appartient au roi, qui détermine en même temps le nombre de juges et de suppléants dont ils seront composés, sans cependant que les juges puissent être au-dessus de huit, ni au-dessous de deux, non compris le président.

Chaque tribunal de commerce a, en général, la même étendue de ressort territorial que le tribunal civil dans l'arrondissement duquel il est situé; mais s'il y en a plusieurs dans un même arrondissement, l'ordonnance qui les établit, assigne à chacun son ressort particulier. Partout où il n'y a pas de tribunal de commerce, le tribunal civil en fait les fonctions et se conforme à toutes les règles de la législation commerciale [1].

CHAPITRE II.

De l'Élection des juges de commerce.

1338. Le roi n'a point la nomination directe des juges de commerce. Ils sont seulement institués par lui, après qu'ils ont été élus par une assemblée de commerçants convoquée à cet effet. La nécessité de cette institution est fondée sur ce que ces juges rendant la justice au nom du roi, il est né-

[1] Rejet, 16 juill. 1817.

cessaire qu'il leur en confère le pouvoir. Aussi, ne doit-on pas douter que l'institution ne puisse être refusée à des élus dont la nomination ne serait pas régulière, qui n'auraient pas les qualités requises, ou même que leur conduite en aurait rendus indignes.

1339. Pour l'élection de ces juges, le préfet du département dresse une liste des commerçants notables de l'arrondissement ou du territoire pour lequel est établi le tribunal de commerce; il y comprend principalement les chefs des maisons les plus anciennes et les plus recommandables par la probité, l'esprit d'ordre et l'économie : Il la soumet à l'approbation du ministre de l'intérieur.

Le nombre de ces électeurs ne peut être moindre de vingt-cinq, quand la population de la ville où siége le tribunal est de 15,000 âmes et au-dessous : dans les autres villes, il est augmenté à raison d'un notable par mille âmes de plus.

On n'y peut comprendre des étrangers, quoiqu'autorisés à fixer leur domicile en France. Il faut nécessairement être Français par naissance ou par naturalisation, et n'être frappé d'aucune exclusion d'exercer les droits politiques, résultant de condamnation, ou d'état de failli non réhabilité.

1340. Nul ne peut être nommé juge de commerce, s'il n'a les qualités exigées pour les électeurs, l'âge de trente ans, et s'il n'a exercé pendant cinq ans avec honneur et distinction la profession de commerçant; mais il n'est pas nécessaire, conformément à l'avis du conseil d'état, approuvé le 2 février 1808, de l'exercer au moment de l'élection, pourvu qu'après avoir cessé cette profession, on n'en ait pas embrassé d'autre. Pour pouvoir être nommé président, il faut, outre ces conditions, être âgé de quarante ans, et avoir été juge, soit dans les tribunaux de commerce actuels, soit dans les anciens. Mais cette règle ne s'applique pas à la première composition d'un tribunal, suivant l'avis du conseil d'état, approuvé le 21 décembre 1808.

L'élection est faite au scrutin individuel et à la majorité absolue des suffrages. Lorsqu'il s'agit d'élire le président, l'objet de l'élection doit être spécialement annoncé avant d'aller au scrutin. Les procès-verbaux d'élection sont, conformément à l'article 7 de l'acte du gouvernement du 6 octobre 1809, transmis au garde des sceaux, ministre de la justice, qui propose au roi l'institution des élus.

La cour royale est chargée de recevoir le serment des juges et des suppléants institués; mais lorsqu'elle ne siége pas dans le même arrondissement, ils peuvent demander qu'elle commette le tribunal civil pour recevoir ce serment. Ce tribunal en dresse procès-verbal et l'envoie à la cour, qui en ordonne l'insertion dans ses registres. Toutes ces formalités sont remplies sans frais, et, sur les conclusions du ministère public.

1341. Le tribunal est renouvelé par moitié chaque année, de manière que le président et chaque juge ou suppléant reste en fonctions deux ans. Pour établir un ordre de renouvellement, la moitié des juges et suppléants n'est, lors de l'institution première, choisie, que pour un an; l'autre moitié et le président sont renouvelés au bout de deux ans, et cet ordre demeure invariable.

Le président et les juges ne peuvent être réélus qu'après un an d'intervalle : Il paraît que, dans l'usage, on n'applique pas cette règle aux suppléants, et, qu'après l'avoir été deux ans, ils peuvent être nommés juges, ce qui nous semble conforme au texte de la loi. Mais nous croyons aussi que cette même loi ne s'oppose point à ce que le président et les juges, dont les fonctions seraient expirées, soient nommés suppléants. Ce qu'on a voulu empêcher, c'est la perpétuité dans la même place; et, comme la matière des exclusions est toujours rigoureuse, il est naturel de ne pas les étendre au-delà des termes prohibitifs.

CHAPITRE III.

De la Discipline intérieure du Tribunal de commerce.

1342. Les fonctions de juges des tribunaux de commerce sont purement honorifiques. Conformément aux articles 1, 2 et 3 du titre 1er et au titre IV de la loi du 15 octobre 1794 (24 vendémiaire an III), elles sont incompatibles avec celles de préfets, sous-préfets, conseillers de préfecture, maires, adjoints de maires ou secrétaires de

ces administrations, de notaires, avoués, membres de l'administration forestière, receveurs ou employés des régies des contributions directes ou indirectes, et toute autre fonction sujette à comptabilité.

Ces juges sont placés sous la surveillance du garde des sceaux, ministre de la justice. L'article 8 de l'acte du gouvernement du 6 octobre 1809 détermine le costume qu'ils doivent porter dans l'exercice de leurs fonctions et dans les cérémonies publiques.

Les greffiers sont nommés par le roi; eux et leurs commis assermentés sont soumis aux mêmes règles d'incompatibilité que les juges; ils sont tenus des mêmes obligations que ceux des tribunaux civils, soit pour les cautionnements exigés de ces fonctionnaires, soit pour la tenue des feuilles d'audience, répertoires, etc. Les rétributions qu'ils peuvent percevoir sont réglées par l'ordonnance du 9 octobre 1825.

Le service des audiences se fait, à Paris, par quatre huissiers, et, dans les autres villes, par deux qui doivent, autant que possible, être choisis parmi les huissiers ordinaires.

1343. L'article 35 de la loi du 27 mars 1791 autorise les tribunaux de commerce à faire des réglements pour l'ordre de leurs audiences; et conformément à l'article 3 de l'acte du gouvernement du 23 août 1800 (5 fructidor an VIII), ils n'ont point de vacances. Leurs jugements doivent être rendus au moins par trois juges; il ne peut être appelé de suppléants que pour compléter ce nombre [1]. S'il arrive que, par des récusations ou des empêchements, il ne se trouve pas un nombre suffisant de juges ou de suppléants, le tribunal, aux termes de l'article 4 de l'acte du gouvernement du 6 octobre 1809, se complète en appelant des commerçants portés sur la liste dont nous avons parlé n° 1339, suivant l'ordre dans lequel ils y sont inscrits, pourvu qu'ils aient les qualités exigées pour être juges. Il suffit que le jugement énonce la nécessité de cet appel sans qu'il soit besoin de déclarer l'empêchement de ceux qui précéderaient dans l'ordre du tableau la personne appelée [2].

Le ministère des avoués est interdit devant les tribunaux de commerce. Les parties doivent comparaître en personne ou par un fondé de pouvoirs; et dans les lieux même où le grand nombre des contestations a occasionné l'établissement de personnes qui, sous le nom d'agréés, font la profession habituelle de défendre les causes commerciales, ces personnes ne sont pas réputées autorisées à plaider, par cela seul qu'elles ont dans les mains les pièces d'une partie. Le pouvoir doit leur avoir été donné par écrit, ou constaté par un jugement, conformément à l'ordonnance du 10 mars 1825. Les tribunaux de commerce doivent veiller à la stricte exécution de cette ordonnance, mais sans pouvoir prendre des arrêtés généraux dont l'objet serait de tracer d'avance au greffier, ou à ceux qui se présenteraient munis des pouvoirs des parties, la conduite qu'ils ont à tenir [3], parce que ce seraient des dispositions par voie de réglement qui sont interdites aux tribunaux [4].

Les procédures faites avec ces fondés de pouvoirs sont réputées contradictoires, de telle manière que si, après avoir comparu à une audience, ils ne se présentaient plus, les jugements rendus en l'absence des mandataires ne seraient pas considérés comme des jugements par défaut, faute de comparaître [5]; nous indiquerons, n° 1381, l'importance de cette distinction.

TITRE II.

DE LA COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1344. La compétence d'un tribunal de commerce peut être considérée sous trois rapports : 1° relativement à la matière, c'est-à-dire au droit qu'a ce tribunal de prononcer sur *telle* ou *telle* espèce de contestations; 2° relativement aux personnes, c'est-à-dire au droit qu'on a d'assigner le defendeur

1 Cass., 30 janv. 1828.—Cass., 18 nov. 1829.
2 Rejet, 18 août 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 125.
3 Cass., 19 juill. 1825. J. du 19e s., 1825, 1e, p. 393.
4 Cass., 20 août 1812.—Cass., 16 mai 1829. Dalloz, t. 5, p. 181.
5 Cass., 26 déc. 1819. — Cass., 18 janv. 1820. — Cass., 26 déc. 1821.—Cass., 5 mai 1824.—Rejet, 7 nov. 1827.

devant *tel* tribunal de commerce plutôt que devant *tel* autre, relativement à une contestation qui, par sa nature, est de la compétence commerciale; 3° relativement à la quotité des condamnations, c'est-à-dire au droit du tribunal saisi, de juger en premier ou en dernier ressort.

Ces rapports feront l'objet des trois chapitres suivants.

CHAPITRE PREMIER.

De la Compétence d'attribution.

1345. Nous avons fait connaître nos 5 et suivants, que certaines négociations avaient le caractère d'actes commerciaux, indépendamment de la profession des personnes par qui elles étaient faites; que d'autres, au contraire, n'avaient ce caractère que par une présomption déduite de cette profession.

La compétence des tribunaux de commerce s'étend aux divers cas qui viennent d'être indiqués [1]; elle est donc quelquefois réelle, quelquefois personnelle.

Mais, ainsi que nous l'avons fait observer, parmi les actes qui donnent lieu à la compétence réelle, on doit faire une distinction importante. Il en est dont le caractère commercial est si absolu, qu'on n'examine point dans quel but le débiteur s'est engagé; il suffit qu'il ait fait l'espèce de négociation dont la loi attribue nominativement la connaissance aux tribunaux de commerce: telles sont les opérations de change, et certains actes du commerce maritime, comme nous l'avons dit n° 28, 47 et 79. Ainsi, les tireur, endosseur, accepteur, etc., d'une lettre de change, sont justiciables du tribunal de commerce, sans qu'il y ait nécessité d'examiner si c'était pour des besoins personnels et de famille, ou pour le trafic et en vue de profit, qu'ils ont fait la négociation de change. Il en serait de même de celui qui aurait chargé ses effets particuliers sur un navire, qui les aurait fait assurer, etc.

Les autres actes, au contraire, n'étant commerciaux qu'autant que celui qui les contractait se proposait un but de profit ou de spéculation, ne sont soumis à la compétence des tribunaux de commerce qu'à l'égard de celui qui se proposait ce but dans la négociation qui donne lieu à l'instance judiciaire; tels sont les achats pour revendre, et presque tous les autres actes de commerce indiqués nos 7 et suiv. Ainsi, lorsque celui qui aurait acheté du blé par spéculation, l'échange avec un autre, qui aurait acheté du vin dans le même but, la négociation étant commerciale de la part des deux parties, les soumettrait toutes deux à la compétence des tribunaux de commerce. Mais lorsque la convention n'est commerciale que de la part de l'un: par exemple, comme nous l'avons dit n° 2, lorsqu'un auteur, un inventeur, vend les produits de son talent à un éditeur; lorsqu'un cultivateur vend les fruits de sa culture à un acheteur qui les revendra ou qui les emploiera pour confectionner des produits destinés à être revendus, la négociation n'étant commerciale que de la part de l'acheteur, il sera seul justiciable du tribunal de commerce, dans le cas où il s'élèverait des contestations sur l'exécution du contrat.

Il importerait peu que celui qui vend le produit de sa récolte, fût commerçant de profession, et que celui qui l'achète, pour en tirer profit à la revente, exerçât une profession sociale tout-à-fait étrangère au commerce. Les présomptions qui résultent des qualités cèdent devant l'évidence du fait: le commerçant n'aura point fait un acte de commerce; le non commerçant en aura fait un.

1346. Les deux exemples que nous venons de présenter, sont puisés dans les négociations qui ont pour objet de livrer quelque chose; on peut en trouver aussi dans les engagements de faire. Ainsi, le commerçant qui a employé un facteur, un commis, caissier ou teneur de livres, peut le traduire, ou être traduit par lui, au tribunal de commerce, pour le fait ou les suites de ses engagements, parce que l'un et l'autre ont fait, suivant ce qui a été dit n° 38, un contrat de la compétence commerciale [2].

Mais la négociation peut n'être commerciale que de la part de l'un des contractants. Ainsi, le contrat d'apprentissage qui intervient entre un père et l'ouvrier à qui il a

[1] Cass., 3 juin 1827.

[2] Voir les arrêts cités t. 1, p. 18 Dalloz, t. 5, p. 380, Paillet sur l'art. 634, n. 5, contrà Despréaux.

confié l'enseignement de son fils*, n'est acte de commerce que de la part de cet ouvrier; et s'il peut être traduit au tribunal de commerce, faute d'exécution de son engagement, il ne peut y traduire le père, en paiement du prix d'enseignement promis. Ainsi, lorsqu'un non commerçant a commandé quelqu'ouvrage à un entrepreneur qui le fait, ou par lui-même, ou par des ouvriers qu'il emploie, les demandes contre cet entrepreneur, de la part de celui envers qui il s'est engagé, pour tout ce qui concerne les effets et l'exécution de cette convention, peuvent être portées au tribunal de commerce, par suite des règles données n° 35, encore bien que l'ouvrier ne puisse y traduire celui qui l'a employé. Ainsi, le non commerçant qui a confié des effets mobiliers à un voiturier, à un commissionnaire de transports, à des préposés d'une entreprise de diligences, a droit de les poursuivre devant le tribunal de commerce; mais ceux-ci, s'ils ont quelque action contre lui, ne peuvent le traduire qu'au tribunal civil [1].

1347. La conséquence de ce qui vient d'être dit est que, dans tous les cas où l'acte n'est commercial que de la part de l'une des parties, celle qui n'a pas fait acte de commerce est libre de traduire son adversaire, à son choix, devant le tribunal de commerce ou devant le tribunal civil; au premier cas, il n'y a rien d'injuste envers le défendeur, qui a dû s'attendre à être soumis à la compétence commerciale; au second cas, ce même défendeur n'a pas dû compter que celui avec qui il traitait entendît se rendre justiciable du tribunal de commerce, par un engagement qui, de sa part, n'était pas commercial [2]. On voit par quel motif il n'y aurait pas de réciprocité, et pourquoi celui dont l'acte est commercial ne peut jamais traduire son adversaire, à l'égard duquel cet acte n'est pas commercial, devant le tribunal de commerce.

Ces principes peuvent conduire à la conséquence que celui qui, à l'occasion d'une négociation commerciale de la part de l'une et l'autre partie, serait traduit devant le tribunal civil, ne pourrait plus y avoir défendu au fond, demander son renvoi devant le tribunal de commerce, parce que les juges civils ont la plénitude de la juridiction, et que l'attribution donnée à ceux de commerce n'est qu'une exception au droit commun [3].

1348. Les tribunaux de commerce ne peuvent jamais connaître de contestations relatives à des actes qui ne seraient pas commerciaux, d'après les règles données n° 4 et suivants. Ainsi, la demande en garantie contre un huissier qui aurait fait un protêt nul, encore bien que le droit de statuer sur la nullité de cet exploit appartienne au tribunal de commerce, ne serait pas de sa compétence [4]. De même la demande d'un agent d'affaires, conseil ou agréé, en paiement de ses avances dans une cause de commerce, ne serait pas de la compétence du tribunal de commerce, encore que la cause eût été plaidée ou suivie devant lui [5]. Les questions de propriété ou de vente d'immeubles [6], sont également étrangères à ces tribunaux, quand même elles s'élèveraient incidemment à une demande dont ils seraient compétemment saisis [7]. Les tribunaux de commerce ne peuvent pas même connaître d'une question de propriété de marchandises qui ne se rattacherait pas à une négociation commerciale. Par exemple, si un marchand de chevaux, ayant prêté ou loué un cheval à un commerçant pour son usage, une saisie mobiliaire faite chez ce dernier à la requête d'un créancier, comprenait le cheval loué ou prêté, la revendication faite par le locateur ou prêteur ne serait pas de la compétence commerciale [8]; mais il est évident que le tribunal de commerce serait compétent pour statuer sur une demande en restitution d'objets mobiliers donnés en nantissement d'une lettre de change [9]. Les tribunaux de commerce ne peuvent aussi, même incidemment, juger des questions relatives à l'état des personnes [10]. Il faut néanmoins, à ce sujet, faire une distinction importante. Une personne est traduite au tribunal de commerce, en exécution d'un acte qu'on prétend, d'après les règles

1 Dalloz, t. 5, p. 366.
2 Rejet, 20 mars 1811. Dalloz, t. 5, p. 366 et 375.
3 Cass., 10 juill. 1816 Dalloz, t. 5, p. 372 et 430.
4 Cass., 30 nov. 1813. — Cass., 19 juill. 1814. — Rejet, 20 juill. 1815. — Cass., 2 janv. 1816. — Cass., 16 mai 1816 Dalloz, t. 5, p. 281 et 417, t. 12, p. 86. Sirey, 15, 1e, p. 379. 1816, 1e, p. 331
5 Cass., 5 sept. 1814. Dalloz, t. 5, p. 416.
6 Cass., 24 nov. 1825.
7 Br., 13 avril 1814. J. de Br., 1814, 1e, p. 141
8 Cass., 13 oct. 1806. Dalloz, t. 5, p. 414.
9 Cass., 4 prairial an xi. Dalloz, t. 5, p. 413.
10 Cass., 23 messidor an xi. Dalloz, t. 5, p. 411. Brux. 14 août 1834. J. de Belg. 1836.

expliquées nos 48 et suiv., être commercial, à cause de la qualité de commerçant qu'on attribue à cette personne, mais qu'elle dénie. Puisque cette personne est libre de faire des actes de commerce par sa seule volonté, le tribunal de commerce est compétent pour juger si elle en a fait un assez grand nombre pour être réputée commerçante, suivant les règles données n° 79 ; et nous verrons au titre suivant, comment cette preuve doit être faite. Mais, lorsqu'il s'agit d'un mineur qu'on prétend commerçant; lorsqu'on soutient que *telle* personne du sexe n'est pas en puissance de mari, il faut renvoyer au tribunal civil pour juger ces questions[1]. Si néanmoins une femme, assignée en qualité de commerçante, n'était pas assistée de son mari ou par lui autorisée à ester en jugement, le tribunal de commerce serait compétent pour donner cette autorisation, dont le but unique est d'assurer la prompte et régulière décision du procès, et non de prononcer sur l'état de cette femme [2]. Mais il ne serait pas compétent pour lui donner l'autorisation nécessaire à l'introduction de l'instance[3].

1349. Quoiqu'en général, d'après les principes qui viennent d'être exposés, il n'y ait lieu à la compétence du tribunal de commerce, que dans le cas où l'engagement de celui qui est assigné est commercial, soit par sa nature, soit par la présomption de la loi, ce principe est modifié dans certains cas qu'il est important de faire connaître.

Le premier est celui de la solidarité. Lorsqu'une dette est commerciale de la part de l'un des coobligés, la solidarité ne suffit pas, sans doute, pour la rendre commerciale à l'égard de l'autre, parce que, comme on l'a vu n° 182, deux codébiteurs solidaires peuvent être tenus de la dette commune, d'une manière différente : mais elle rend le tribunal de commerce compétent pour connaître de l'engagement de tous [4]. Cette compétence résulte du seul fait que, parmi ces coobligés, à quelque titre que ce soit, il se trouve un commerçant[5]. Elle est fondée sur l'inconvénient qu'il y aurait à diviser les actions. Ainsi, la femme non commerçante, qui s'est obligée avec son mari pour dettes commerciales de celui-ci, est valablement assignée au tribunal de commerce[6]. Cela n'empêche pas que l'obligation de ceux à l'égard desquels l'engagement n'est pas acte de commerce, ne doive donner lieu qu'aux mêmes condamnations, et par la même voie que si la cause était jugée par un tribunal civil [7].

Les lettres de change imparfaites, les billets à ordre offrent de fréquentes occasions d'appliquer cette règle. Nous avons vu, n° 464 et 479, qu'ils ne sont point, par leur nature propre, actes de commerce, mais seulement s'ils émanent d'un commerçant, ou si, étant souscrits par un non commerçant, ils ont pour cause une négociation déclarée commerciale, d'après ce qui a été dit nos 4 et suiv. La conséquence serait que, dans les autres cas, les tribunaux de commerce ne pourraient en connaître. Néanmoins si, par l'effet des négociations que ces effets ont subies, quelque commerçant en était codébiteur, en qualité de signataire, on peut traduire les autres non commerçants devant le tribunal de commerce; dans ce cas, il serait compétent, quelles que fussent les exceptions par lesquelles ils se défendraient [8], et quand même ces exceptions tendraient à la nullité radicale de leur engagement [9]. Mais, comme c'est la qualité de commerçant dans l'un des signataires qui sert de fondement à la compétence, le non commerçant traduit devant le tribunal de commerce, serait fondé à prouver que celui qu'on prétend commerçant ne l'est pas réellement [10].

On peut tirer quelques autres conséquences de ces principes. Nous avons vu, n° 355, que l'auteur d'un endossement irrégulier avait une action contre celui à qui il avait transmis un effet par cette voie, pour se faire rendre compte du prix; qu'à son tour, celui ci avait une exception pour le retenir, s'il en avait compté la valeur, ou pour se faire rendre ce qu'il a payé, par exemple, si lui-même, ou celui à qui il a vendu l'effet, n'avait pu obtenir le paiement, par suite de la révocation que l'endosseur aurait faite, ou par l'effet d'une compensation et d'autres exceptions du chef de cet endosseur. Des prétentions de cette espèce ne sont point consi-

1 Mais voy. Despréaux, compét. des trib. de comm., n. 51.

2 Cass., 17 août 1813. Dalloz, t. 19, p. 310 et t. 5, p. 372.

3 Dalloz, t. 5, p. 372, n. 16.

4 Cass., 13 vendémiaire an XIII.

5 Rejet, 26 mai 1826.

6 Rejet, 19 frimaire an XIII. Dalloz, t. 5, p. 390.

7 Cass., 26 janv. 1814.—Rejet, 23 mars 1827. Dalloz, t. 4, p. 345.

8 Rejet, 21 oct. 1825.

9 Rejet, 28 avril 1819. Dalloz, t. 5, p. 385.

10 Rejet, 22 avril 1828

dérées comme des dépendances ou dessuites du contrat de change, car il n'en intervient jamais entre l'auteur d'un endossement irrégulier et celui à qui un effet est transmis par cette voie. Elles ne sont que des actions ordinaires, fondées sur les seules règles du droit commun, et, par leur nature, exclues de la compétence des tribunaux de commerce; mais si ces demandes sont formées contre un commerçant, ou incidemment à une action pendante au tribunal de commerce, d'après les règles ci-dessus, ce tribunal est compétent pour en connaître.

Le cautionnement produit, en ce qui concerne la compétence, les mêmes effets que la solidarité. Ainsi, un non commerçant qui s'est porté garant du paiement d'une dette commerciale de la part du débiteur principal, peut être poursuivi devant le tribunal de commerce, pour l'exécution de son engagement. Mais il y sera jugé d'après les principes particuliers à l'espèce de cautionnement qu'il a souscrit, sans que la qualité du débiteur cautionné puisse, à son égard, être prise en considération. Ainsi, quoique l'aval donné sur une lettre de change parfaite, soit acte de commerce entre toutes personnes; si la lettre est imparfaite, la cause qui lui a donné naissance, ou la qualité d'un des débiteurs, peut la rendre obligation commerciale à son égard, tandis que cet aval, ou toute autre garantie donnée pour en assurer le paiement, ne produirait qu'une obligation civile de la part de ceux qui ne l'ont pas souscrit eux-mêmes pour une cause commerciale.

Une seconde exception est relative aux veuves communes en biens, et aux héritiers d'une personne qui était justiciable du tribunal de commerce. Ils peuvent, quoiqu'ils ne soient pas commerçants, être traduits, soit en reprise d'instance devant le tribunal de commerce où l'affaire était déjà pendante, soit par action principale devant celui qui est compétent [1] d'après les règles que nous donnerons dans le titre suivant. Mais, dès l'instant qu'ils soutiennent n'être pas héritiers, ou lorsqu'il y a, sous un prétexte quelconque, contestation sur la qualité d'après laquelle le demandeur prétend qu'ils doivent être tenus de payer la dette commerciale de leur auteur, le jugement de cette qualité est dévolu au tribunal civil [2]. Néanmoins il ne faut pas que l'application de ces principes devienne une source d'abus et de chicanes; ainsi le fils qui n'exciperait pas de sa renonciation à la succession de son père, ne pourrait nier qu'il ne soit héritier. Sa qualité forme contre lui une présomption légale qu'il doit détruire en prouvant qu'il y a renoncé par un acte régulier [3].

Hors le cas d'exception que nous venons d'indiquer, on ne pourrait, sous aucun prétexte, réclamer en faveur des tribunaux de commerce, le droit de connaître de contestations qui ne leur sont pas spécialement et expressément attribuées. La circonstance que ces contestations s'élèveraient dans une faillite, ou à l'occasion d'une faillite, ne motiverait pas une exception. Le tribunal de commerce ne peut connaître dans une faillite des contestations qu'elle ferait naître, qu'autant qu'elles sont de sa compétence [4]. Pour déterminer cette compétence, il faut se reporter à ce qui aurait lieu, si la faillite n'était pas survenue. Ainsi, lorsque dans le cours de la vérification des créances, à laquelle nous avons vu, n° 1185, que tous les créanciers, commerciaux ou non commerciaux, étaient indistinctement assujettis, les prétentions d'un créancier sont contestées en tout ou en partie, il faut, pour décider si le tribunal de commerce doit juger la contestation, se demander, comme nous l'avons dit n° 1186, si, d'après les principes expliqués plus haut, et dans le cas où la faillite n'aurait pas eu lieu, le procès, qui se serait élevé entre le créancier et le débiteur, aurait été de la compétence du tribunal de commerce. Il en serait de même dans le cas où les syndics des créanciers attaqueraient des actes qu'ils prétendraient avoir été faits en fraude et dans la vue de grever injustement la masse. Si ces actes étaient des négociations commerciales, nous pensons que le tribunal de commerce peut en connaître, encore bien que cette question ne soit pas sans difficulté, parce que, ce qu'il s'agit de juger, ce n'est pas, à proprement parler, la négociation dans son caractère et ses conséquences naturelles, mais le

1 Rejet, 25 prairial an XI. — Cass., 20 frimaire an XIII. — Cass., 1er sept. 1806. Dalloz, t. 5, p. 408 et 409.

2 Cass., 6 messidor an XIII. — Cass., 13 juin 1808. Dalloz, t. 5, p. 412. Voy. J. de Belg., 1836, p. 1.

3 Rejet, 18 juill. 1829.

4 Dalloz, t. 5, p. 370

but frauduleux dans lequel elle aurait été faite. Mais si la convention attaquée n'est pas commerciale par sa nature ; par exemple, si c'est une vente d'immeubles, une sûreté hypothécaire pour une créance qui ne dérivait point d'une opération commerciale en elle-même ou d'un acte commercial à l'égard de celui à qui on la conteste, le tribunal de commerce est incompétent. A plus forte raison ne pourrait-on porter devant ce tribunal le jugement d'une demande tendante à faire réintégrer à la masse de la faillite des effets mobiliers, même des marchandises qu'on prétendrait avoir été détournées frauduleusement par une personne, quand même elle serait commerçante ; un fait de cette nature ne peut, d'après ce que nous avons dit n° 53, être considéré, sous aucun rapport, comme un acte de commerce [1].

1350. Il peut quelquefois se présenter, dans la défense des parties, des exceptions qui donnent lieu à l'examen de questions étrangères au droit commercial. On ne pourrait prétendre que le tribunal, devant lequel ces incidents s'élèvent, fût indistinctement incompétent pour en connaître, sous prétexte que le fait, sur lequel l'exception est fondée, n'est pas déclaré acte de commerce : telles sont les nullités d'exploits. Le tribunal ne peut statuer, s'il n'y a pas eu d'assignation devant lui ; et il n'y en a pas eu, si l'assignation donnée était nulle. Il faut donc qu'il apprécie et qu'il juge cette nullité. Il en est de même d'une sommation destinée à mettre le débiteur en demeure, d'un protêt, etc. [2].

Quant aux exceptions qui tiennent au fond, c'est-à-dire à celles qui ont pour objet d'anéantir l'obligation, ou de la faire considérer comme éteinte, toutes ne sont pas essentiellement de la compétence du tribunal de commerce, encore qu'elles servent à repousser une demande dont il a droit de connaître.

Sans doute il doit entendre, apprécier et juger l'exception de nullité, dans la forme, du titre qui sert de fondement à la demande quand même ce titre aurait été passé devant notaire [3], ou celle qui est fondée sur la simulation [4], l'erreur, le dol, la violence, le défaut de cause vraie ou légitime, ou l'exception fondée sur la supposition de personnes ou de lieux, dans des actes présentés comme lettres de change. Quoique les questions qui s'élèvent dans ces cas, difficiles même pour des magistrats qui ont consacré leur vie à l'étude du droit, puissent le paraître davantage aux juges de commerce, cette circonstance ne change rien à la compétence. Ces juges doivent alors appliquer les règles données nos 147 et suivants, en ne perdant pas de vue que ces sortes d'exceptions ne sont recevables que de la part de celui qui, depuis l'acte ainsi argué, n'a pas renoncé expressément ou tacitement à les faire valoir ; car la renonciation à invoquer ces moyens, faite dans l'acte lui-même, n'aurait aucune force, parce qu'elle serait contraire aux bonnes mœurs. Mais si la défense amenait l'examen d'une question de validité, de réductibilité, de révocabilité d'une donation ; par exemple, si celui au profit de qui une lettre de change aurait été tirée ou endossée, et qui en serait encore porteur, avouait, ou s'il était allégué contre lui que cette négociation n'a été qu'un moyen de libéralité en sa faveur, le tribunal de commerce cesserait d'être compétent. Du reste, si, au lieu d'allégations de fraude, de simulation, etc., le titre de l'une des parties était argué de faux, le tribunal ne pourrait en connaître, parce qu'on a vu, n° 265, que la simulation et le faux n'étaient pas la même chose. Nous indiquerons, dans le titre suivant, la marche qu'il faut suivre dans le cas où un moyen de faux serait invoqué. Il suffit de faire observer que tout cela n'est relatif qu'au cas où les moyens dont nous venons de parler sont employés par exception ; on ne pourrait l'appliquer indéfiniment et sans restriction à des demandes principales.

On voit, par là, comment le tribunal peut être compétent, lorsqu'il s'agit d'exceptions qui tendent à établir que la dette est éteinte. Il peut juger l'exception de prescription opposée par le défendeur à une demande résultant d'une négociation commerciale ; mais on ne pourrait en dire autant, dans tous les cas, relativement à la compensation. Celle que le défendeur opposerait, en la fondant sur une créance d'origine non commerciale, ne serait admissible que si la dette, sa liquidité et son exigibilité étaient avouées ; car alors

[1] Rejet, 25 mars 1823. Dalloz, t. 5, p. 403.
[2] Voir les arrêts cités p. 670 de ce volume, note 4
[3] Rejet, 23 mars 1824. Despréaux, n. 9.
[4] Rejet, 2 août 1827. J. du 19e s., 1828, 1e, p. 18.

le tribunal de commerce ne ferait rien autre chose que de déclarer, d'après l'aveu du demandeur dont il donnerait acte, que la dette, dont le paiement est requis, était éteinte par la compensation qui est un véritable paiement. Mais si l'existence de la dette opposée en compensation était contestée, et que cette dette fût civile, il devrait renvoyer cette exception aux juges compétents [1]. Tout en faisant ce renvoi, il peut, suivant les circonstances, statuer sur la demande portée devant lui, de même que si l'exception n'était pas proposée, et sans y préjudicier; autrement un débiteur de mauvaise foi aurait trop de moyens de paralyser l'exercice de l'action légitime de son créancier.

Les mêmes distinctions pourraient être faites si on invoquait la remise, la novation, la confusion, selon la nature des titres qui en seraient le fondement.

1351. Les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de l'exécution de leurs jugements, ni des contestations sur cette exécution, sous quelque forme que soient produits les incidents et les difficultés y relatifs, tels que seraient les levées de scellés après dissolution d'une société, sauf ce que nous avons vu pour les faillites. Ainsi, quoique, d'après ce qui a été dit ci-dessus, ils soient compétents pour connaître des demandes contre les héritiers d'un commerçant, si l'exécution d'un jugement rendu contre ce dernier était demandée contre ses héritiers, le tribunal de commerce n'en pourrait connaître [2].

Déjà, d'après les mêmes principes, nous avons dit, n[os] 612 et 1265, qu'ils ne connaissaient pas de la vente forcée des navires [3], ni de celle des immeubles des faillis [4]; et de même il ne leur appartiendrait pas de commettre un notaire pour procéder à la vente ou à la licitation d'immeubles d'une société commerciale [5].

Mais cette interdiction ne s'étendrait pas à la connaissance des oppositions ou même des tierces oppositions faites à leurs jugements [6], ni au droit de statuer sur la régularité d'opérations, d'expertises, comptes, vérifications, faits en vertu d'interlocutoires, ni au droit de connaître des erreurs, omissions, faux ou doubles emplois dans des comptes dont ils auraient été juges [7]. Il en serait de même de toute discussion qui pourrait s'élever sur la solvabilité d'une caution que le tribunal aurait exigée pour prononcer une condamnation; par exemple, au cas où une lettre de change étant égarée, le propriétaire en obtient le paiement, sous caution, dans les cas prévus n[os] 408 et suiv.: c'est ici moins l'exécution que la continuation du jugement.

Ils ne peuvent aussi connaître de saisies qui seraient faites en vertu d'actes relatifs à des opérations commerciales. Cependant, si un créancier, qui n'aurait point de titre en forme, voulait obtenir une permission de saisir et arrêter les sommes dues à son débiteur, cette autorisation pourrait lui être donnée, notamment dans le cas prévu n° 415, et dans ceux dont nous parlerons au titre suivant, par le président du tribunal de commerce, juge naturel de la sovabilité du demandeur, ou de la nécessité d'exiger de lui une caution. Mais dans aucun cas, ce tribunal ne serait compétent pour connaître des demandes en déclaration affirmative et validité qui en seraient la suite, encore que la créance résultât d'une condamnation par lui prononcée [8].

1352. Nous ne croyons pas devoir finir, sans faire remarquer qu'il est certains cas où des affaires commerciales ne doivent cependant pas être portées devant les tribunaux de commerce. Telles sont les contestations entre associés, attribués à des arbitres, comme on l'a vu n° 1001: mais le caractère de cette incompétence ne tient pas tellement à l'ordre public que la partie, qui n'en aurait pas excipé devant la cour d'appel, pût s'en faire un moyen de cassation [9]. Peut-être pourrait-on en dire autant du cas où une cause qui, d'après ce que nous verrons n[os] 1420 et suiv., devrait être jugée par des prud'hommes dont le tribunal de commerce est juge d'appel, serait portée directement devant lui, sans réclamation des parties.

Mais l'interdiction au tribunal de com-

1 Cass., 28 mai 1811. Dalloz, t. 5, p. 372, n. 14.

2 Rejet, 3 brumaire an XII. Dalloz, t. 5, p. 372, n. 15 et 424.

3 Cass., 6 avril 1809.

4 Cass., 30 oct. 1810.

5 Cass., 24 nov. 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 91.

6 Voy. Despréaux, n. 71 et 77.

7 Rejet, 28 mars 1815.

8 Rejet, 27 juin 1821. Dalloz, t. 15, p. 245. Sirey, 22, 1e, p. 8.

9 Rejet, 9 avril 1827. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 326 et J. de Br., 1822, 1e, p. 221.

merce de connaître des contestations auxquelles peut donner lieu la réclamation d'une personne qui se plaindrait qu'une autre l'a troublée dans l'exercice des droits résultant d'un brevet d'invention, serait absolue, puisqu'en aucun cas ces tribunaux ne peuvent juger ces matières attribuées aux juges de paix, et par appel aux tribunaux civils [1].

Il n'en est pas de même des questions de propriété ou de priorité de possession, des marques de fabrication ou des dessins d'étoffes. Les tribunaux de commerce en sont juges, après avoir pris, comme on l'a vu nº 110, l'avis des conseils de prud'hommes, au secrétariat desquels le dépôt de ces marques ou dessins doit être fait par les fabriçants établis dans le territoire de leur juridiction, conformément à l'ordonnance du roi du 17 août 1825. Quant aux poursuites en contrefaçon, soit de ces marques et dessins, soit des productions littéraires imprimées ou gravées, c'est, comme on le verra dans le titre quatrième, aux tribunaux correctionnels qu'il appartient d'en connaître. L'incompétence des tribunaux de commerce, sous ce rapport, tient à l'ordre public [2].

La juridiction administrative a aussi ses droits, que les tribunaux de commerce doivent respecter. Ainsi, nous avons vu, nº 596 et 669, que tout ce qui tient à la police des ports, des équipages, appartient à l'administration de la marine. Ainsi, le tort qu'un capitaine prétendrait lui avoir été causé par le résultat des mesures qu'aurait prises ou ordonnées le maître d'un port ou d'un quai [3], les actions que voudraient exercer, contre les préposés du gouvernement, ceux qui leur auraient vendu des denrées et autres fournitures, ou qui auraient fait pour eux quelque travail et service, doivent être portées devant les ministres compétents, ou les conseils de préfecture, suivant les règles particulières à l'administration, sauf le recours au conseil d'état. Mais on ne doit pas confondre, comme nous l'avons déjà dit nº 21, avec les agents du gouvernement nommés et délégués par lui, des entrepreneurs et fournisseurs généraux ou particuliers qui auraient contracté avec le gouvernement l'obligation de lui faire des fournitures ou un service, moyennant un prix convenu. En achetant aux particuliers, ou en faisant fabriquer ce qui leur est nécessaire pour exécuter leurs engagements envers le gouvernement, ou en chargeant d'autres personnes du service qu'ils ont entrepris, ils font acte commercial, pour lequel ils peuvent être poursuivis, par ces mêmes particuliers, devant les tribunaux de commerce : c'est aux juges qu'il appartient de déclarer d'après les pièces et actes de la cause, si celui qui est tradnit devant eux était sous-traitant du gouvernement ou simple fournisseur d'une entreprise [4].

Il faut remarquer aussi que toute action des particuliers contre l'état n'est pas, par la seule qualité du défendeur, attribuée à la juridiction administrative [5] : par exemple, lorsque le navire d'un armateur a éprouvé un dommage à la suite d'un abordage causé par un vaisseau, il n'est pas douteux que la partie lésée ne puisse assigner directement l'état dans les formes ordinaires. S'il n'en est point ainsi des fournisseurs, et si, pour obtenir la liquidation de leurs droits et le paiement de leurs créances, ils sont obligés de subir la compétence administrative, conformément à l'article 14 de l'acte du gouvernemeut du 11 juin 1806, c'est la conséquence d'une condition qu'ils se sont volontairement imposée en acceptant le marché, tandis que l'événement imprévu qui cause du dommage à un navire est indépendant de toute volonté. L'administration publique n'est ici qu'un particulier soumis à cette maxime de droit naturel, que l'auteur d'un dommage doit le réparer. Dans ce cas seulement, le demandeur ne peut, aux termes de l'article 15 du titre IV de la loi du 5 novembre 1790, assigner l'état, sans avoir préalablement soumis sa demande à l'administration, sauf à assigner ensuite, si elle ne répond pas dans le mois, ou si, tout en répondant dans ce délai, elle refuse d'adhérer à la réclamation.

1 Cette attribution des juges de paix semble, d'après la loi du 25 janv. 1817, dévolue aux tribunaux de première instance. Levasseur, des justices de paix, n. 66, édit. de Tarlier.

2 Rejet, 8 déc. 1827. J. du 19e s., 1828, 1e, p. 355.

3 Cass., 25 pluviose an VIII. Dalloz, t. 5, p. 192.

4 Cass., 6 sept. 1808.—Rejet, 12 janv. 1830. Dalloz, t. 5, p. 374.

5 Toutes les attributions contentieuses appartiennent en Belgique aux tribunaux ordinaires.

CHAPITRE II.

De la Compétence territoriale.

1353. Dans la règle ordinaire, celui qui veut former une demande en justice, soit qu'il agisse comme partie contractante dans la convention sur laquelle il fonde ses droits, soit qu'il agisse comme cessionnaire ou ayant-droit de cette personne [1], doit assigner devant le tribunal du domicile réel du défendeur [2]. Nous avons indiqué, n° 186, les règles à l'aide desquelles on peut le reconnaître. Il suffit de faire observer que, lorsque le changement de domicile du défendeur a eu lieu depuis la convention qui donne lieu au procès, les doutes doivent en général être interprétés en faveur du demandeur [3]. On peut, par analogie, appliquer les règles que nous avons données n° 1094.

Mais l'élection de domicile attribue au demandeur la faculté de porter, s'il le préfère, l'action devant le tribunal élu. Cette élection est quelquefois expresse, soit parce qu'elle forme une clause de la convention, soit parce qu'elle a été faite postérieurement; quelquefois elle est tacite et résulte des circonstances.

Elle est expresse, lorsqu'une des parties ou les deux ont déclaré, par un écrit quelconque, qu'elles faisaient élection de domicile dans *tel* lieu, pour l'exécution de *tel* acte. En général, dans le commerce, comme on l'a vu n° 186, le lieu indiqué pour le paiement d'un effet négociable, sans autre explication, est considéré comme le domicile élu pour les actions qui en résultent[4]. Ainsi, non seulement le porteur d'une lettre de change a droit d'assigner tous les signataires au domicile de celui sur qui la lettre est tirée, encore que celui-ci n'ait pas accepté, mais en outre l'accepteur qui aurait acquitté une lettre de change pour le tireur, de qui il n'aurait pas reçu provision, pourrait assigner valablement ce dernier en remboursement, devant le juge du lieu où la lettre était payable [5].

Quelquefois l'élection de domicile est supposée par la nature de la convention. Ainsi, nous avons dit, n° 917, que dans le prêt à la grosse, le paiement devait être fait au lieu où finissait le risque. Les demandes pour contribution aux avaries sont portées devant le juge du lieu où l'on procède au réglement. L'action en réparation des dommages causés par suite de l'abordage de deux navires, à celui du premier port où le navire est arrivé; celles des gens de mer contre l'armateur, soit pour les engagements qu'il a contractés envers eux, soit lorsqu'il s'agit des indemnités que nous avons vu, n° 676, leur être accordées, au tribunal du port de l'armement. L'action des affréteurs est portée au tribunal du port de débarquement, au cas où elle serait la suite de la non représentation des objets chargés; à celui du port d'armement, s'il s'agit des indemnités qu'ils peuvent réclamer, comme nous l'avons vu n° 713; et réciproquement, ce serait à ce dernier tribunal que les affréteurs devraient être assignés pour l'exécution de leurs engagements envers l'armateur.

Par suite de ces principes, celui qui a été chargé par un correspondant d'accepter des lettres de change tirées sur lui, pourrait, s'il ne veut pas assigner le tireur au lieu où ces lettres étaient payables, comme on l'a vu plus haut, l'assigner, soit après qu'il aurait payé les lettres, soit même avant, si la provision devait être faite préalablement à l'échéance, devant le tribunal du lieu de sa propre demeure, puisque la provision devait être faite chez lui.

1354. Le contrat de vente peut donner lieu à diverses difficultés, soit sur l'existence de la convention alléguée par l'un et niée par l'autre; soit sur la livraison que l'acheteur requiert du vendeur; soit sur l'action du vendeur pour contraindre l'acheteur à prendre livraison; soit sur la demande en paiement dirigée contre lui : il est important de savoir quel tribunal doit en connaître.

Lorsqu'il y a contestation sur l'existence de la vente avant la livraison, c'est au tribunal du domicile du défendeur que cette question doit être portée; car la vente elle-même étant en question, la compétence particulière, dont nous parlerons plus bas, qui n'en est que le résultat, ne pourrait être invoquée.

Les actions respectives entre le vendeur et l'acheteur, à l'effet de faire ou de prendre livraison, doivent aussi, en général, et sauf

1 Réglement de juges, 30 juin 1807. Dalloz, t. 5, p. 376.
2 Réglement de juges, 20 janvier 1818. Dalloz, t. 5, p. 444.
3 Rejet, 22 fév. 1827.
4 Cass., 17 avril 1811. Dalloz, t. 14, p. 497.
5 Réglement de juges, 17 mars 1812.—Rejet, 11 fév. 1829. Dalloz, t. 5, p. 280; Sirey, 12. 1e, p. 304.

les exceptions dont nous allons parler, être portées devant le tribunal du domicile du défendeur [1], ou devant celui qui a été élu pour l'exécution du contrat. Mais, lorsque la promesse a été faite, et la livraison effectuée dans un même lieu, encore qu'il ne soit pas celui du domicile du défendeur, le tribunal, dans l'arrondissement duquel ce lieu est situé, devient compétent, si le demandeur veut y porter son action au lieu de saisir celui du domicile de son adversaire.

C'est alors qu'il importe de bien déterminer le lieu dans lequel une promesse a été faite. Si elle résulte d'un acte passé entre présents, ce lieu est facile à connaître. Lorsque la négociation est intervenue par correspondance, on peut, à l'aide des principes expliqués n° 250, décider que le marché a été conclu, et par conséquent la promesse faite dans le lieu du domicile de la personne qui a accepté les propositions de son correspondant. A plus forte raison, lorsqu'un commerçant a fait, avec le commis-voyageur d'une maison de commerce, une convention qui, d'après les règles expliquées n° 561, devrait être considérée comme vente faite par ce préposé, c'est le lieu où elle est intervenue qui sera considéré comme celui de la promesse [2]. Si, au contraire, la convention ne devait, d'après son texte ou les circonstances, être considérée que comme une commission pour la maison qui employait ce commis-voyageur, le lieu du contrat serait celui où cette maison aurait, en l'exécutant, ou en promettant de l'exécuter, accepté la commission [3].

Quant à la détermination du lieu où la marchandise est réputée avoir été livrée, les règles que nous avons données, n° 278, sur les risques de la chose vendue, nous semblent suffisantes. Si c'est un corps certain, le lieu de la livraison sera, sauf convention contraire, celui où ce corps était, au moment de la conclusion du marché; si ce sont des choses indéterminées, c'est celui du domicile du vendeur, parce que c'est là que les marchandises sont sorties de ses magasins pour voyager aux risques de l'acheteur. Il n'y aurait de modification, dans ce cas, que s'il résultait de la convention que la livraison devait être faite par le vendeur au domicile de l'acheteur, ou dans tout autre lieu indiqué par lui : il n'est plus besoin de présomption quand le fait est constant.

On ne doit pas perdre de vue cette nécessité de la réunion des deux circonstances, que le même lieu soit celui de la promesse et de la livraison [4]; une seule serait sans effet. Mais aussi quand elles se rencontrent, elles assurent la compétence du tribunal, quels que puissent être les événements postérieurs.

Il faut remarquer aussi que cette règle n'est applicable qu'aux ventes de marchandises, et ne modifie point les principes particuliers au contrat de change, que nous avons expliqués nos 428 et suiv. Ainsi, le lieu où l'endossement d'une lettre de change a été fait, encore qu'on pût le considérer comme celui où l'endosseur a contracté et a livré la lettre cédée par cette négociation, n'est point celui où l'on pourrait assigner l'endosseur, et traduire ensuite, en vertu de la solidarité, tous les autres signataires; il faut assigner, soit au lieu de paiement, soit au domicile de l'un des signataires [5].

L'action peut aussi être portée devant le tribunal du lieu où le paiement devait être effectué. Mais, pour appliquer cette règle, il faut distinguer si l'action est relative à l'existence même de la vente alléguée par le demandeur, ou à son exécution.

Dans la première hypothèse, le tribunal du lieu où le paiement devrait être fait, en supposant la vente prouvée, ne nous semble pas être compétent; car, avant tout, il faut prouver qu'il y a eu vente. Les moyens de distraire un commerçant de ses juges naturels seraient trop fréquents et trop faciles, si on pouvait le traduire devant un tribunal quelconque, sous prétexte qu'il a consenti une vente dont on ne justifie pas l'existence, et que le tribunal où on le traduit était le lieu où devait être effectué le paiement de cette prétendue vente. On ne peut donc, comme on l'a vu plus haut, assigner que devant le domicile du défendeur.

Si le fait de la convention était constant, l'action est relative à la livraison requise par

1 Réglement de juges, 20 janv 1818. Dalloz, t. 5, p. 444; Sirey, 18, 1e, p. 211.

2 Cass., 14 juin 1813.—Cass., 14 nov 1821. Dalloz, t. 5, p. 452.

3 Rejet, 19 déc. 1821. Sirey, 22, 1e, p 306.

4 Réglement de juges, 13 nov. 1811.— Réglement de juges, 20 janv. 1818. — Rejet, 21 mars 1826. Dalloz, t. 5, p. 444 et 451.

5 Réglement de juges, 4 oct. 1808 Dalloz. t 5, p 439.

l'acheteur ou offerte par le vendeur, ou au paiement exigé par ce dernier, ou enfin à quelques difficultés sur la qualité ou la quantité des choses vendues, alors le tribunal du lieu du paiement est compétent. Il ne s'agit que de bien déterminer ce qu'on doit entendre par ce mot.

Lorsque l'acheteur requiert, ou que le vendeur offre la livraison de la chose vendue, il faut distinguer : si cette chose est un corps certain et déterminé, ce qui est facile à reconnaître d'après les principes expliqués, n° 156, le lieu de paiement, c'est-à-dire de livraison, est celui où la chose a dû être livrée, c'est-à-dire, comme nous l'avons vu n° 186, le lieu où cet objet se trouvait à l'instant de la vente; si la chose vendue est indéterminée quant à son espèce, le lieu de paiement, c'est-à-dire de livraison, est celui où demeure le vendeur [1]. S'il s'agit de la demande en paiement fournie par le vendeur contre l'acheteur, on distingue si ce dernier a, ou non, obtenu un terme. S'il n'en a pas obtenu, le lieu du paiement est celui où la chose a été livrée et mise aux risques de l'acheteur; lieu qui, d'après les distinctions faites, nos 278 et suiv., est tantôt celui même d'où les marchandises sont expédiées, quand elles voyagent aux risques de l'acheteur, tantôt celui de leur arrivée, quand le vendeur s'est chargé de les conduire, ou quand il a été convenu qu'elles ne seraient payées qu'après vérification à l'arrivée [2]. Si l'acheteur a obtenu un terme pour payer, le lieu de paiement est celui de son domicile, à moins de stipulation différente [3]. Par conséquent, s'il a souscrit ou endossé des effets négociables, ce n'est plus dans le lieu où le prix de la vente eût été payable, suivant les principes ci-dessus, qu'il faudra le poursuivre [4]; on suivra les règles relatives au non paiement de ces sortes d'effets, expliquées nos 412 et suiv. Au troisième cas, le tribunal du lieu, où la livraison est faite, est compétent pour juger les difficultés qui s'élèvent sur la qualité ou la quantité des choses qui faisaient l'objet du contrat [5].

1355. A l'aide de ces principes, on peut déterminer facilement le lieu où doit être donnée l'assignation relative à une obligation de faire. Les exemples les plus fréquents qu'on puisse en trouver sont relatifs au contrat de commission, ou aux louages de services pour transports de marchandises. Le commissionnaire, pour acheter on pour vendre, n'est, en règle générale, justiciable que du tribunal de son domicile. D'abord, c'est là qu'il a reçu son mandat et qu'il l'a accepté en l'exécutant; ce lieu est donc celui de la convention [6]; il est aussi celui où la marchandise, qu'il était chargé d'acheter, a été livrée; puisque, d'après les principes expliqués n° 278, cette marchandise, à l'instant qu'elle est sortie des magasins du commissionnaire, a été aux risques du commettant à qui elle est envoyée [7].

Le commissionnaire chargé de vendre, soit pour acquitter des lettres de change tirées sur lui ou des effets payables par lui, soit pour en tenir les fonds à la disposition de son commettant, doit faire ces paiements à son domicile, conformément aux principes expliqués n° 559; si le prix de ces marchandises ne suffit pas, le lieu de son domicile, où son commettant l'avait autorisé à vendre pour se payer, est naturellement celui où ce dernier est présumé avoir pris l'engagement de payer un complément résultant de cette insuffisance. Le commissionnaire a prouvé, par la précaution qu'il avait prise de ne faire des avances que sur des marchandises à lui envoyées pour vendre, qu'il n'entendait pas se soumettre à la règle commune, d'après laquelle un créancier suit la juridiction du débiteur [8].

Lorsqu'il s'agit du transport de marchandises, trois cas principaux peuvent donner lieu à des contestations : 1° le refus de l'entrepreneur de se charger des marchandises qu'il a promis de transporter; 2° la perte ou avarie des marchandises en route; 3° le paiement du prix de transport. Au premier cas, l'action ne peut être portée que devant le tribunal de celui qu'on prétend s'être engagé; car c'est la question d'existence de l'engagement qui est à juger. Au second cas, le destinataire peut assigner devant le tribunal

1 Réglement de juges, 30 juin 1807. Dalloz, t. 5, p. 276.

2 Réglement de juges, 13 nov. 1811. Dalloz, t. 5, p. 451.

3 Rejet, 16 déc. 1812.—Rejet, 14 juin 1813.—Rejet, 5 mai 1824. Dalloz, t. 5, p. 452 et suiv.

4 Réglement de juges, 29 janv. 1811. Dalloz, t. 5, p. 458

5 Rejet, 5 avril 1824.

6 Cass., 24 vendémiaire an v. — Réglement de juges, 22 janv. 1818. Dalloz, t. 5, p. 464.

7 Rejet, 21 juill. 1819. Sirey, t. 20, 1e, p. 58.

8 Cass., 19 janv. 1814. Dalloz, t. 5, p. 460.

du lieu où les marchandises ont dû être livrées d'après la convention, et où le voiturier avait droit d'exiger son paiement [1]. Ce qui vient d'être dit suffit pour prouver que le voiturier qui a transporté les marchandises et veut en être payé, peut assigner devant le tribunal du lieu où il a livré, à moins qu'il ne résulte de la convention des parties que le paiement devait être fait dans un autre lieu [2].

1356. Ces règles ne peuvent s'étendre au-delà des cas qui viennent d'être indiqués. Ainsi, lorsqu'une des négociations dont il vient d'être parlé, donne lieu à une demande, non pour son exécution, mais pour la répétition des sommes qui auraient été payées au-delà de ce qui était dû d'après la convention, la demande ne pourrait être portée que devant le tribunal du domicile du défendeur. Ainsi, il ne faudrait pas en conclure que le commerçant qui serait en compte courant avec un autre, fût fondé à l'assigner devant le tribunal de son propre domicile, sous prétexte que c'est là qu'il a fourni les valeurs qui l'établissent créancier. Quand des commerçants sont en compte courant, à moins de conventions ou de circonstances particulières, le paiement du solde doit être fait, comme celui de toute espèce de créance, au domicile du débiteur; et par conséquent, c'est au tribunal de ce domicile que toutes les actions doivent être portées. De même, on a vu n° 1354 que le lieu d'où est datée une lettre de change ou un endossement, ne serait point considéré comme celui où la demande devrait être portée, s'il n'était pas le domicile de l'un des obligés [3].

Mais ces principes sont modifiés par les règles sur la procédure, qui assujettissent les divers obligés à plaider devant celui des tribunaux du domicile de l'un d'eux qu'a choisi le demandeur.

Ainsi, celui qui a cautionné un crédit, peut être assigné, avec le débiteur principal, devant le tribunal compétent pour prononcer sur la demande formée contre celui-ci [4]; et, par une conséquence nécessaire de ce qu'on a vu n° 1349, ce tribunal doit connaître de l'exception par laquelle celui qui est assigné comme caution ou débiteur solidaire, prétendrait ne l'être pas.

Ainsi, le porteur d'une lettre de change a droit d'assigner tous ceux qui, par leur signature, en ont garanti le paiement, devant le tribunal du domicile de l'accepteur, tireur ou endosseur qu'il lui plaît de poursuivre. A l'aide de cette litispendance, chaque signataire peut appeler son garant devant ce même tribunal, et obtenir des condamnations contre lui. L'accepteur, poursuivi en paiement, qui n'aurait pas reçu provision du tireur, pourrait valablement appeler ce dernier devant le tribunal où la demande principale formée contre lui est pendante, pour qu'il lui fournisse les fonds nécessaires au paiement demandé, et qu'il le garantisse [5]. Le tireur, pour compte, pourrait appeler en garantie, devant le tribunal saisi de la contestation relative à la lettre de change, celui pour compte de qui il l'a tirée. Lorsqu'après le protêt d'une lettre de change, le porteur fait retraite sur l'un des endosseurs, et que, par suite, cet endosseur est traduit, soit devant le tribunal de son domicile, soit devant celui d'un des signataires de la retraite, le tireur ou l'accepteur de la lettre, dont le défaut de paiement a occasionné cette retraite, peut être appelé devant ce tribunal.

Mais, lorsque celui qui a perdu une lettre de change, s'adresse à un endosseur pour en obtenir un second exemplaire, il ne pourrait l'assigner que devant le tribunal de son domicile. De même, le tiré qui n'a pas accepté ne peut être traduit devant un autre tribunal que celui de son domicile, quand même il serait débiteur du tireur [6]; à moins qu'il n'eût autorisé par écrit à tirer sur lui [7], ou que d'autres causes inhérentes à sa dette ne donnassent lieu à le traduire devant un autre tribunal, suivant les règles expliquées plus haut.

Par suite de la même règle, les principes généraux sur la compétence seraient modifiés par celui qui veut que la personne assignée en garantie procède devant le tribunal

1 Réglement de juges, 7 juill. 1814. Dalloz, t. 5, p. 462; Sirey, 15, 1e, p. 15.

2 Réglement de juges, 14 mars 1826. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 409.

3 Réglement de juges, 4 oct. 1808. Dalloz, t. 5, p. 439.

4 Rejet, 26 juill. 1809

5 Rejet, 17 mars 1812. Dalloz, t. 5, p. 280.

6 Réglement de juges, 21 thermidor an VIII. — Réglement de juges, 22 frimaire an IX. — Réglement de juges, 12 fév. 1811. — Cass., 17 juin 1817. — Cass., 21 mars 1825. Dalloz, t. 5, p. 441. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 196.

7 Rejet, 12 juill. 1814. Sirey, 14, 1e, p. 192.

où est pendante l'action principale qui donne lieu à cette garantie [1], à moins que le tribunal ne reconnaisse que c'était un moyen frauduleux de distraire cette personne de ses juges naturels. Par exemple, Pierre de Paris a vendu des marchandises à Paul de Bayonne, et les a adressées à Jean, commissionnaire de Bordeaux, pour les faire parvenir à l'acheteur. La non arrivée ou l'arrivée tardive de ces marchandises donne lieu à un procès entre Paul et Jean. Celui-ci, pour s'excuser, prétend que Pierre, expéditeur, lui a donné des indications inexactes qui ont été la cause première du tort dont Paul se plaint, et assigne Pierre en garantie devant le tribunal saisi de la demande. Celui-ci, qui, dans la règle, et s'il avait été assigné directement en livraison par Paul, n'aurait pu l'être qu'à Paris, ne peut se dispenser de procéder sur la garantie devant le tribunal où il est assigné [2]. Il en serait de même du cas où celui qui, étant porteur d'une lettre de change imparfaite, devait en exiger le paiement, ainsi qu'on l'a vu n° 467, serait appelé, en garantie du tort causé par sa négligence, devant un tribunal saisi de la demande en paiement de cet effet [3].

On modifierait aussi les principes généraux expliqués dans ce chapitre, par les règles de la procédure sur les incidents élevés au cours d'une contestation : telles seraient l'exception de compensation, la reconvention les offres réelles faites sur le bureau, etc. Sans doute celui qui, n'étant point en litispendance avec son adversaire devant un tribunal, voudrait agir contre lui, en vertu des droits qui créent une telle exception, devrait l'assigner devant son juge naturel. Mais s'il fonde sur ce droit une défense à la demande dirigée contre lui-même, le tribunal saisi de la demande peut, à moins d'incompétence à raison de la matière, comme on l'a vu n° 1350, connaître du mérite de cette exception [4].

1357. Ce qui a été dit, n° 1165, apprend qu'il y a des règles spéciales sur la compétence en matière de faillite. En général, toute demande d'un créancier contre une faillite doit être portée devant le tribunal qui en a prononcé l'ouverture [5], ou si, par la nature de la demande, elle est hors des attributions de la juridiction commerciale, devant le tribunal civil du domicile du failli. Mais ce principe doit être combiné avec ceux qui ont été développés, n° 1354 et suivants, relativement aux obligations de livrer. Par exemple, si un commerçant de Bordeaux avait vendu des marchandises avec des circonstances qui attribueraient la contestation au tribunal de Paris, la faillite de ce vendeur ne changerait rien à la compétence; et l'acheteur pourrait assigner la masse de Paris.

Quant à la revendication, celui qui exerce ce droit contre la masse, doit agir devant le tribunal du lieu où la faillite est ouverte. La contestation à laquelle cette action donne lieu ne résulte pas, à proprement parler, de la négociation intervenue entre le revendiquant et le failli, mais de la loi qui l'accorde; et, par conséquent, elle suit les règles de toutes les actions personnelles.

Il s'ensuit que, si la masse agissait par demande principale contre une personne qu'elle prétendrait débitrice de la faillite, l'assignation devrait être portée au tribunal du domicile du défendeur, ou devant celui qui serait compétent, d'après les règles expliquées n° 1354. On pourrait en conclure que, lorsque la masse de la faillite veut faire annuler des actes faits avec le failli, elle doit assigner le défendeur à son domicile. Néanmoins une distinction a été admise. S'il s'agit de faire annuler des actes faits depuis le dessaisissement résultant de la faillite, ou frappés de présomptions légales de nullité, suivant les règles expliquées n. 1115 et suivants, les syndics ont droit d'assigner devant le tribunal de l'ouverture de la faillite, parce que le failli n'était plus capable de contracter, et que l'appréciation des faits sur lesquels une telle demande est fondée, se rattache aux éléments qui ont suivi ou peuvent encore servir à fixer l'époque de la faillite [6]. Lorsqu'au contraire la masse veut former une demande relative à des actes antérieurs à l'ouverture de la faillite et aux dix jours qui la précèdent, les mêmes motifs n'existent plus, et il n'y a an-

1 Réglement de juges, 29 août 1821. Dalloz, t. 5, p. 465.
2 Rejet, 8 mars 1827. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 165.
3 Rejet, 16 nov. 1826. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 301.
4 Rejet, 7 avril 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 54
5 Réglement de juges, 19 avril 1820.
6 Réglement de juges, 26 juin 1817. — Réglement de juges, 14 avril 1825.—Réglement de juges, 19 juill. 1828. Dalloz, t. 5, p. 385 J. du 19e s., 1828, 1e, p. 288. — *Mais* Rejet, 13 juill. 1818, *était contraire.* Dalloz, t. 5, p. 356.

cune bonne raison pour intervertir les règles de la compétence [1]. A plus forte raison, la survenance de la faillite ne pourrait dessaisir un tribunal devant lequel était pendant un procès avec le failli [2].

Il est, en quelque sorte, inutile d'ajouter que, s'il s'élevait quelque question entre des créanciers, à laquelle la masse de la faillite ne prendrait point part, la règle que le défendeur doit être assigné à son domicile, devrait être suivie [3].

Du reste, il est bien entendu que les principes expliqués, n° 1349, doivent toujours être reapectés, et que si l'objet de la contestation n'est pas commercial, elle ne peut être portée que devant un tribunal civil.

Les actions contre une société, lorsque d'autres circonstances ou d'autres règles ne servent pas à déterminer l'attribution, doivent, comme on l'a vu n. 976, être portées devant le tribunal où est situé le principal établissement [4], et ce, jusqu'à sa liquidation, sans que les circonstances de la faillite de cette société ou de la mort de l'associé gérant y apportent de changements [5].

Il est vrai que souvent, comme nous l'avons fait remarquer aussi n° 976, des associés forment divers comptoirs, soit pour exercer des opérations commerciales distinctes, soit pour multiplier les moyens d'action, de travail ou de profits, d'une même branche d'industrie : quoique, dans l'un et l'autre cas, il y ait unité d'établissement, il peut exister quelque incertitude pour déterminer le siége principal, qui seul doit être appelé le domicile de la société. Il arrivera souvent que le lieu de chaque établissement succursal poura être considéré comme un domicile, pour les obligations qui auront été souscrites par les personnes préposées à sa direction, ou pour celles qui auront été indiquées payables à ce domicile. Mais il y a des actions qui ne doivent être portées que devant le tribunal du véritable domicile de la société : telle est la demande en déclaration de faillite, etc.; or, il en est d'une société comme d'une personne qui peut avoir plusieurs résidences, mais n'a qu'un seul domicile, qui est le lieu de son principal établissement. Ainsi, lorsqu'une société a été formée pour l'exploitation d'une manufacture, si les magasins de vente, la caisse, la demeure de l'associé gérant sont dans un autre lieu que celui de la manufacture, c'est ce dernier qu'on doit considérer comme lieu du principal établissement [6]. Ce que nous avons dit, n° 1094, à l'occasion des déclarations de faillite, s'appliquerait à tous les cas où il s'agit des intérêts généraux de la société. Toutefois, cette règle n'étant que la conséquence du principe qui veut que l'on considère la société comme une personne qui a son individualité et ses droits particuliers, l'effet doit cesser avec la cause. Ainsi, lorsque la société est liquidée, ceux qui ont des droits à exercer, même pour des affaires nées au temps qu'elle existait, ne peuvent plus trouver de personne morale à qui ils aient droit de s'adresser; les associés qui sont obligés envers eux solidairement, dans certains cas, ne peuvent plus être assignés que devant le tribunal de leur propre domicile, ou à celui de l'un d'eux conformément aux règles du droit commun. Il n'y aurait de modification que si, par l'acte de dissolution de la société, ou un postérieur, rendu public dans la forme indiquée n° 1006 et 1088, les associés avaient nommé un liquidateur pour terminer toutes les affaires, conformément à ce que nous avons dit n° 1073; alors on assignerait valablement à son domicile.

Il ne s'ensuit pas qu'un associé, poursuivi en cette qualité devant le tribunal du lieu où siége l'établissement social, pût, en prétendant que la société a été dissoute à son égard, requérir son renvoi devant le juge de son domicile, si cette dissolution était contestée : l'usage qu'il ferait de ce moyen ne serait plus qu'une exception dont le jugement appartiendrait au tribunal saisi de la demande [7], sauf à faire réformer la décision, s'il était prouvé que le tribunal a retenu la cause quand il aurait dû s'en dessaisir.

Mais on ne peut appliquer ces principes aux associations en participation, qui, n'étant point rendues publiques, n'ont et ne font point connaître de domicile social. Le

[1] Réglement de juges, 22 mars 1821. — Rejet, 25 mars 1825. Dalloz, t. 5, p. 357 et 403. Voy. Despréaux, n. 623.

[2] Reglement de juges, 27 août 1807. Dalloz, t. 5, p. 467.

[3] Rejet, 4 avril 1821. Dalloz, t. 15, p. 333; Sirey, 1821, 1e, p. 330.

[4] Reglement de juges, 18 pluviose an XII.

[5] Réglement de juges, 16 nov. 1815. Dalloz, t. 5, p. 364.

[6] Réglement de juges, 30 avril 1821. — Rejet, 14 janv. 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 69.

[7] Réglement de juges, 10 déc. 1806. — Réglement de juges, 7 juin 1821. — Rejet, 9 mai 1826. Dalloz, t. 5, p. 364 et 450. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 442.

créancier, si tous les associés se sont engagés envers lui, peut les traduire devant le tribunal du domicile de l'un deux à son choix [1]; s'il n'a traité qu'avec l'un des participants, il peut assigner devant le tribunal du domicile de cet individu, ceux qu'il prétend être solidaires avec lui, sauf à eux à contester, d'après les règles données nos 1045 et suivants, l'existence de la participation ou la solidarité qu'on veut faire peser sur eux.

CHAPITRE III.

De la Compétence sous le rapport des condamnations.

1358. Les tribunaux de commmerce jugent les contestations qui leur sont soumises, en dernier ressort dans certains cas, et dans d'autres, à charge d'appel.

Le droit de ces tribunaux, de prononcer en dernier ressort, existe lorsqu'ils jugent les appels des sentences rendues par les conseils de prud'hommes, conformément à ce qui sera dit au titre cinquième.

Ils jugent aussi en dernier ressort les contestations portées devant eux en première instance, lorsque les parties ont consenti à être jugées ainsi, quelle que fût l'importance de la contestation. Ils jugent enfin, en dernier ressort, toutes demandes dont le principal n'excède pas la valeur de 1000 fr. [2]. Mais il faut qu'il s'agisse d'une valeur; car s'il s'élevait une question de compétence, même sur un intérêt de moins de 1000 fr., le jugement sur ce point ne serait pas en dernier ressort, encore que les parties eussent donné au tribunal pouvoir de les juger ainsi; et celle qni aurait été condamnée conserverait le droit de se pourvoir par appel, ou de faire valoir les moyens d'incompétence, suivant les distinctions qui seront expliquées dans le titre suivant.

Les règles relatives à la fixation du montant de la condamnation, pour connaître si ou non elle excède le dernier ressort, sont les mêmes que dans toutes les contestations civiles. Ainsi, ni les frais de poursuites ou de procédure, ni même les intérêts, quoiqu'ils puissent, réunis au principal de la demande, former plus de 1000 fr., ne changent rien au droit de prononcer en dernier ressort, si le principal n'excédait pas 1000 fr., soit qu'on ait conclu à ces frais et intérêts par la demande, soit qu'on ne les ait demandés qu'incidemment, soit que les intérêts aient commencé à courir avant l'assignation en justice, comme aux cas prévus nos 188 et 437, soit que cette assignation seule les fasse courir [3].

Mais lorsqu'un défendeur, condamné à payer une somme, des intérêts et des dépens, intente, contre son garant, une demande principale, pour être remboursé du montant de cette condamnation, le capital, ainsi que les intérêts et les dépens de la première demande, sont alors cumulés pour n'en plus former qu'un seul qui règle le premier ou le dernier ressort [4].

Quant aux dommages-intérêts, soit que le demandeur y ait conclu à l'introduction de l'instance, soit qu'il n'y ait conclu qu'au cours de la contestation, ils entrent en masse dans le calcul de la condamnation pour déterminer le premier ou le dernier ressort [5], de manière que si elle n'excède pas 1000 fr., le jugement est en dernier ressort [6].

1359. Les demandes reconventionnelles, dont nous avons parlé no 1356, formées par le défendeur, lorsqu'elles dérivent naturellement de la demande principale, et surtout lorsqu'elles sont fondées sur le titre même en vertu duquel le défendeur est poursuivi, se réunissent à cette demande pour former le calcul d'après lequel la compétence est déterminée. Ainsi, Pierre a vendu à Paul dix barriques de vin, moyennant 150 fr. la barrique, il en a livré cinq, et réclame le paiement de 750 fr. pour leur prix : le défendeur conclut reconventionnellement à la livraison des cinq barriques restant; le prix de ces cinq barriques formant l'objet de la reconvention, réuni aux 750 fr. demandés, excède 1000 fr., somme à laquelle se borne

1 Réglement de juges, 28 mai 1818.
2 Cass., 2 pluviose an IX.
3 Rejet, 5 mars 1807. Dalloz, t. 8, p. 256.
4 Cass., 1er ventose an XIII.—Cass., 18 nov. 1807. Dalloz, t. 8, p. 257.
5 Cass., 13 frimaire an XIV.—Cass., 9 sept. 1806.
6 Rejet, 21 déc. 1825. J. du 19e s., 1826, 1re, p. 379.

le dernier ressort : le tribunal ne pourra par conséquent juger qu'à charge d'appel [1].

Quand le défendeur oppose à une demande de 1000 fr. ou moins, une compensation dont le tribunal aurait droit de connaître suivant les règles expliquées n° 1350, il faut distinguer : s'il prétend être créancier du demandeur d'une somme plus considérable que 1000 fr., le tribunal ne peut statuer qu'à la charge d'appel [2]; si la somme opposée en compensation est moindre de 1000 fr., le jugement sera en dernier ressort [3]; et la même règle s'appliquerait à une exception de paiement [4].

Mais ce que nous avons dit plus haut des dommages-intérêts réclamés par le demandeur, ne s'appliquerait pas à ceux auxquels le défendeur conclurait incidemment ; car il serait toujours, par là, libre d'éviter le dernier ressort et d'éluder la prévoyance du législateur qui a voulu abréger la durée de certaines contestations [5].

1360. La compétence en dernier ressort a lieu dans les cas où l'objet direct de la condamnation est une somme qui n'excède pas 1000 fr., quand même la demande serait fondée sur un fait ou sur une qualité dont les conséquences peuvent être par elles-mêmes inévaluables.

Ainsi, une demande en condamnation de moins de 1000 fr., est formée contre un individu, comme membre d'une société, et ce défendeur conteste la qualité qu'on lui attribue ; c'est par un jugement en dernier ressort que le tribunal doit statuer sur la demande et sur l'exception. Il n'y a en cela aucun inconvénient, puisque ce jugement, comme nous l'avons vu, n° 264, ne produira les effets de la chose jugée qu'entre les parties et pour l'objet jugé [6].

A plus forte raison, si un contrat, par exemple, une assurance, avait été souscrit par plusieurs personnes, non pas solidairement, mais chacune dans leur intérêt propre et distinct, comme on l'a vu n° 795, la contestation donnerait lieu au dernier ressort à l'égard de ceux dont l'intérêt est moindre de 1000 fr., et serait jugée à la charge d'appel à l'égard des autres.

TITRE III.

DE LA PROCÉDURE DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE.

1361. La procédure en matière commerciale est assujettie à la plupart des règles ordinaires. Mais la nécessité d'une prompte décision a, sous plusieurs rapports, exigé quelques formes plus simples et plus expéditives. Ces règles sont contenues dans le titre XXV du livre II du Code de procédure civile ; elles n'excluent pas, toutefois, l'application des autres dispositions de ce Code, qui n'ont rien d'incompatible avec les formes de procéder générales ou spéciales pour les affaires attribuées aux juridictions commerciales [7].

Nous diviserons ce titre en quatre chapitres. Le premier traitera de la manière dont la demande doit être introduite ; le second, de la forme dans laquelle elle doit être instruite et jugée ; le troisième, de l'exécution du jugement ; le quatrième, de l'appel.

CHAPITRE PREMIER.

Comment la Demande est introduite.

1362. Le commerce étant le lien commun des nations, et les commerçants étant réputés ne faire qu'une même famille disséminée dans des états différents, les étrangers, demandeurs en matière commerciale devant les tribunaux français, sont dispensés de fournir la caution exigée par le droit civil.

La demande est introduite par une assignation donnée à la requête de celui qu'elle intéresse personnellement, ou qui a qualité légale pour l'intenter, tel qu'est un tuteur pour son pupille, tels que sont les agents ou syndics d'une faillite, ou même un créancier qui exercerait les droits de son débiteur, dans les cas prévus n° 190, et autres semblables. Ainsi, dans la règle et suivant le

[1] Cass., 2 déc. 1807. Dalloz, t. 6, p. 317.

[2] Cass., 28 ventose an VIII. — Rejet, 26 pluviose an XI Sirey, 7, 2e, p. 898.

[3] Cass., 25 fév. 1818. Sirey, 18, 1e, p. 251 — *Mais* Cass., 24 vendémiaire an XII, *était contraire*.

[4] Cass., 14 germinal an XII.

[5] Rejet, 30 juin 1807. — Rejet, 22 oct. 1807.

[6] Cass., 7 brumaire an XII. — Rejet, 1er nivose an IX Dalloz, t. 25, p. 264.

[7] Rejet, 29 juin 1819

droit commun, nul ne peut, en la simple qualité de mandataire d'un tiers, agir en son propre nom pour l'intérêt d'un mandant; il doit former l'action au nom de ce dernier, en énonçant sa qualité. Néanmoins, ce principe est modifié par ceux que nous avons expliqués nos 418 et 561; le commissionnaire, agissant en son nom, quoique pour le compte de son commettant, n'a pas besoin de désigner celui-ci dans les qualités de l'assignation, et même ce dernier peut, dans son intérêt, intervenir et suivre la procédure en son nom [1]. Il en est de même, comme nous l'avons dit no 38, des facteurs de commerçants, dans plusieurs circonstances que l'usage indique, des capitaines de navires, pour les intérêts qui leur sont confiés, et des agents de change, pour les effets qu'ils ont achetés par ordre de leurs clients. Par suite de ces principes, les actions qui résultent de ce qu'un commissionnaire a fait pour le compte de son commettant, sont dirigées contre lui; celles qui résultent de ce qu'a fait un facteur, un capitaine de navire, sont exercées contre eux, sauf leur droit de mettre en cause le commettant ou l'armateur qui leur doit garantie, ou s'ils ont négligé de le faire, d'agir en recours contre lui.

Pour assigner valablement, il faut être capable d'ester en jugement. Cette capacité appartient en général à tous commerçants, même mineurs, par suite de ce que nous avons dit no 59, à moins qu'une disposition spéciale des lois n'exige qu'ils soient autorisés, comme la femme mariée qui se livre au commerce, ou qu'elle ne leur interdise de se présenter devant la justice, autrement que par le ministère d'autrui, comme sont les condamnés à certaines peines, les contumaces, les morts civilement.

1363. L'assignation doit contenir la date des jour, mois et an; les nom, profession et domicile du demandeur, ceux de l'huissier, et ceux du défendeur, ou, s'il est frappé d'incapacité, de son tuteur ou curateur; l'indication de la personne à qui elle est remise; l'objet, c'est-à-dire les conclusions de la demande, et un exposé sommaire des moyens.

Les affaires commerciales sont dispensées du préliminaire de la conciliation, et l'assignation n'a pas besoin de contenir une constitution d'avoué, même dans les lieux où, d'après ce qui a été dit no 1337, les tribunaux civils remplissent les fonctions de tribunaux de commerce.

Une copie des pièces, ou de la partie des pièces sur lesquelles la demande est fondée, doit être signifiée au défendeur. Dans la règle, si elles sont signifiées après l'assignation, elles n'entrent point en taxe; mais, en outre, nous avons vu, nos 431 et suiv., que le défaut de cette signification pouvait, dans certains cas, faire perdre tous les avantages de la demande.

1364. Une assignation ne peut être donnée un jour de fête légale, si ce n'est en vertu d'une permission du président du tribunal. Elle doit, comme toutes espèces de significations, être faite depuis le 1er octobre jusqu'au 31 mars, après six heures du matin et avant six heures du soir; et, depuis le 1er avril jusqu'au 30 septembre, après quatre heures du matin et avant neuf heures du soir. Elle peut être donnée au défendeur, même hors le lieu de son domicile, pourvu qu'alors elle soit signifiée à la personne même. Néanmoins, cette faculté ne s'étend pas jusqu'à pouvoir la lui remettre partout indistinctement; ainsi, nul ne pourrait être assigné dans une église, dans le lieu des séances d'un tribunal ou d'une administration, dans l'auditoire d'une école publique, etc.

Lorsqu'il y a plusieurs personnes, même solidaires, à assigner, chacune d'elles doit l'être séparément, à moins qu'il ne s'agisse d'une société.

1365. Quand l'assignation n'est pas donnée à la personne du défendeur, elle doit l'être à son domicile, qui serait reconnu d'après les principes du droit commun, comme on l'a vu nos 186 et 1353. On doit seulement remarquer qu'une assignation donnée au domicile apparent est valable; s'il en était autrement, il dépendrait du défendeur de se mettre à l'abri des assignations, etc., on tout au moins de les éloigner et de constituer en frais son adversaire, en se donnant un domicile de droit que celui-ci ne pourrait soupçonner. Une copie doit être laissée à quelqu'un de la maison du défendeur, tel que sa femme, un de ses enfants, un domestique; et, s'il demeurait dans un hôtel garni, au maître ou au portier de cet hôtel. Si l'huissier ne trouve personne, l'assignation est laissée à l'un des voisins qui doit signer l'original, et s'il ne peut ou ne

[1] Rejet, 4 fév. 1806.

veut signer, au maire ou à l'adjoint qui appose son *visa*. On ne distingue point si la personne assignée est étrangère ou française, parce qu'il y a, comme nous le verrons au titre septième, un grand nombre de cas dans lesquels un étranger peut être traduit devant les tribunaux français. S'il est vrai qu'un étranger n'ait pas toujours, en France, ce qu'on appelle proprement *domicile*, il peut y résider; le lieu de sa résidence, lors même qu'il serait prisonnier de guerre, est, à son égard, comme celui du domicile pour un Français, et serait déterminé par les circonstances analogues [1].

Si le défendeur n'avait pas, à exactement parler, de domicile, tel que des colporteurs, des comédiens ambulants, etc., l'assignation donnée au lieu de sa résidence serait valable, n'y fût-il qu'instantanément. Dans ces deux cas, on a égard à l'indication que l'assigné pourrait avoir donnée lui-même du lieu de cette résidence; il ne serait pas reçu à soutenir que sa propre déclaration n'était pas exacte. Si le domicile ni la résidence ne sont pas connus, l'exploit doit être affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal où la demande est portée; et une seconde copie en est donnée au procureur du roi.

L'absent doit être assigné à son dernier domicile [2], tant qu'il n'y a pas eu de déclaration d'absence et d'envoi en possession prononcés. S'il y a des envoyés en possession, ils doivent être assignés au domicile de l'absent, tant qu'ils n'ont pas procédé au partage; et, après cet acte, chacun doit être assigné à son domicile particulier.

Si le défendeur demeure dans les colonies françaises, ou en pays étranger, il est assigné au domicile du procureur du roi de l'arrondissement où siége le tribunal où la demande sera portée. Dans le premier cas, ce magistrat envoie l'exploit au ministre de la marine et des colonies, et dans le second, au ministre des affaires étrangères [3].

Par suite de ce que nous avons dit nº 976 et 1357, l'assignation à une société peut être donnée au lieu de son établissement, sans désignation des divers défendeurs qui en font partie. Quoiqu'en assignant une société on forme une demande contre les personnes qui la composent, cependant ce ne sont point elles, individuellement, qu'on poursuit, c'est le corps composé de leur réunion. Ainsi, l'assignation donnée aux administrateurs de *telle* société, et au domicile social, est valable. Par suite de ces principes, lorsqu'il s'agit d'assigner la masse d'un failli, l'assignation doit être donnée à la personne ou au domicile de l'un des agents ou syndics, soit provisoires, soit définitifs [4].

1366. L'assignation peut être donnée, si le demandeur le préfère, au domicile élu par la convention [5]; en général, dans le commerce, on considère comme élection de domicile, non-seulement pour l'attribution de juridiction, mais encore pour que l'assignation puisse y être donnée valablement, l'indication faite dans un effet de commerce, d'un lieu de paiement autre que le domicile du souscripteur ou débiteur principal [6]; mais on ne pourrait en conclure que tous les coobligés, par l'effet du cautionnement solidaire dont nous avons fait connaître les effets nº 585, pussent être assignés au lieu que le débiteur principal a indiqué pour le paiement.

L'assignation peut être aussi donnée au domicile élu par un acte de poursuite, tel

[1] Réglement de juges, 8 thermidor an a — Rejet, 27 juin 1809.—Rejet, 2 juill 1822. Dalloz, t. 12, p. 99.

[2] Rejet, 20 fructidor an XI.

[3] Le § 9 de l'art. 69 a été remplacé pour la Belgique par les dispositions suivantes :

Art. 1er Les exploits à faire aux personnes non domiciliées en Belgique, se feront par édit et missive, de la manière suivante. L'huissier affichera ces exploits à la porte de la cour, ou au tribunal qui devra respectivement en connaître, et il en adressera le double sous enveloppe, par poste ordinaire qu'il en chargera, à la résidence de celui que l'exploit concerne.

2. Si la résidence n'est pas connue, les exploits seront insérés par extrait, dans le journal du lieu où siége ladite cour ou ledit tribunal, et s'il n'y a pas de journal, dans celui du département.

3. Néanmoins, tous ces exploits peuvent être faits à la personne, si elle se trouve dans la Belgique. Arr. du 1er avril 1814.

Article unique. Lorsqu'un directeur de la poste aux lettres déclarera qu'il se trouve dans l'impossibilité de se charger d'une copie d'exploit présentée à son bureau en exécution de l'art. 1er de l'arrêté du 1er avril 1814, l'huissier fera mention de cette déclaration dans son exploit, et adressera copie de cet acte, sous enveloppe chargée, au ministère des affaires étrangères. Loi du 26 mars 1833.

Ces dispositions doivent être observées à peine de nullité. J. de Br., 1826, 1e, p. 243, et J. du 19e s., 1826, 3e, p. 186 et 1827, p. 72.

[4] Rejet, 23 ventose an X.

[5] Rejet, 4 fév. 1808.—Cass., 29 oct. 1810.—Rejet, 12 janvier 1829.

[6] Elle ne doit pas énoncer leurs noms et domiciles. Br., 31 mai 1827; J. du 19e s., 1830, p. 249; J. de Br., 1828, 2e, p. 154.

qu'un commandement, une saisie. Mais le demandeur est toujours libre d'assigner le défendeur à son domicile réel [1]. En tous cas, le domicile véritable doit être indiqué dans l'exploit, quand même il serait donné au domicile élu.

Lorsque la personne qu'il s'agit d'assigner est sur le point de partir dans un navire prêt à faire voile, ce qui est facile à prouver par le rôle d'équipage, l'assignation pour demande relative à ce voyage, peut être donnée à bord, aussi valablement que si elle l'était au domicile de cette personne. La nécessité d'une prompte assignation, dans le commerce maritime, a introduit cette règle : les mêmes motifs pourraient la faire appliquer aux voituriers par terre et par eau ; ainsi, une assignation serait valablement donnée au bateau d'un voiturier, ou à l'auberge dans laquelle il loge.

Nous avons vu, nos 746 et suiv. et no 846, que des formes particulières étaient prescrites, soit pour les réglements d'avaries, soit pour le délaissement ; mais ces formes et les délais auxquels ces actions sont soumises ne modifient pas ce que nous venons de dire sur les assignations : s'il s'agit, pour l'exécution de ces actes, de citer quelques parties devant le tribunal de commerce, les assignations sont soumises aux délais et aux formes ordinaires. Il en est de même des lettres de change et des billets à ordre ; quoique soumis à des formalités plus rigoureuses, ils rentrent dans les règles du droit commun, dès qu'il s'agit d'assigner quelqu'un des coobligés.

1367. Celui qui donne une assignation, ne peut indiquer le jour de comparution, à un terme moindre qu'un jour franc, après celui de l'exploit ; et ce délai doit être augmenté d'un jour par chaque trois myriamètres de distance entre le lieu où l'assignation est donnée, et celui de la situation du tribunal devant lequel le défendeur est appelé.

Quand l'assignation est donnée au domicile élu, on calcule ce délai d'après la distance du lieu où siége le tribunal et celle du domicile réel. Néanmoins, cette faveur ne serait accordée au défendeur, que s'il s'agissait de conventions commerciales ordinaires, et non pas de lettres de change ou autres effets négociables. Le motif de différence est sensible : dans le premier cas, la convention intervient entre deux personnes qui se connaissent, et qui n'ignorent pas, malgré l'élection de domicile qu'elles ont faite, leur résidence réelle ; dans le second cas, les tiers-porteurs ignorent, le plus souvent, ce domicile ; ils ne connaissent, pour ainsi dire que le lieu indiqué. D'ailleurs, la nature de ces effets, la nécessité de les environner de toutes sortes de garanties, parmi lesquelles entre pour beaucoup la célérité dans les poursuites, exigent qu'on éloigne tout ce qui pourrait y apporter quelque retard [2].

Ces règles ne sont relatives qu'aux personnes résidant en France. Quant à celles qui habitent en pays étranger, l'assignation, lorsqu'elle est donnée au domicile du procureur du roi, doit leur accorder des délais calculés suivant les distances, savoir : aux personnes qui habitent la Corse, l'île d'Elbe ou de Capraja, l'Angleterre et les états limitrophes de la France, un délai de deux mois ; à celles qui demeurent dans les autres états d'Europe, quatre mois ; à celles qui habitent hors de l'Europe, mais en-deçà du cap de Bonne-Espérance, six mois ; et un an, si elles résident au-delà. Mais si l'assignation est donnée à la personne, en France, l'assigné ne jouit pas de ces délais, sauf au tribunal à lui en accorder un d'après les circonstances.

Toutefois, une assignation ne serait pas nulle, si elle était donnée à des délais plus longs. Seulement s'il y avait intérêt, l'assigné pourrait citer, à son tour, pour une époque plus rapprochée.

Il n'est pas nécessaire que l'assignation désigne le jour précis où le défendeur devra comparaître ; ainsi, lorsqu'elle est donnée, *aux délais de la loi*, *pour la plus prochaine audience*, *à un jour franc*, toutes ces indications sont suffisantes pour ne pas laisser douter que le défendeur ait connu le jour qu'il devait comparaître [3].

S'il y a urgence, on peut présenter une requête au président du tribunal, ou au juge qui le remplace, lequel permet d'assigner, du jour au lendemain, même du matin au soir, d'une heure à une autre. Dans ce cas, on n'est tenu d'ajouter un jour par trois

1 Rejet, 25 germinal an x. Dalloz, t. 14, p. 493.
2 Rejet, 25 prairial an x. Dalloz, t. 14, p. 451.
3 Cass., 21 nov. 1810. — Rejet, 8 janv. 1811. — Cass., 20 avril 1814. Dalloz, t. 14, p. 455.

myriamètres de distance, que si l'assignation n'a pas été donnée à la personne du défendeur, ou s'il a été trouvé dans un autre lieu que celui où siége le tribunal. Le président peut aussi autoriser le demandeur à saisir par avance les effets mobiliers du défendeur, soit en donnant caution, soit simplement à la charge de justifier de sa solvabilité. Toutes ces ordonnances sont exécutoires par provision, nonobstant opposition ou appel.

Dans les affaires maritimes, dont l'indécision peut suspendre un voyage prêt à commencer, dans celles où il s'agit d'agrès, victuailles, équipages et radoubs de navires prêts à mettre à la voile, les assignations peuvent être données de jour à jour, ou d'heure à heure, sans qu'il soit besoin de permission du président.

Il en est de même lorsqu'une affaire, quoique non maritime, est urgente, et nécessite une décision dont le retard serait nuisible. Le défendeur peut ensuite contester cette urgence, et faire remettre la cause, s'il comparaît, ou soutenir la nullité du défaut, s'il n'est pas comparu; et alors le tribunal apprécie les motifs du demandeur.

CHAPITRE II.

Comment la Demande est instruite et jugée.

1368. La cause doit en général être jugée à la première audience qui suit l'assignation; mais comme un grand nombre de motifs peuvent s'y opposer, toute partie qui n'habite pas dans le lieu où siége le tribunal, est tenue d'y élire un domicile où doivent se faire toutes les assignations, s'il en est besoin, sans qu'il soit nécessaire d'accorder à la personne ainsi assignée, des délais calculés sur la distance de son domicile réel [1]: par cette précaution, il n'y a pas à craindre que la distance des lieux retarde le jugement de la cause. L'effet de cette élection cesse après le jugement, de manière que l'appel n'y pourrait être signifié.

L'instruction se faisant sommairement, cette élection de domicile doit être mentionnée par le greffier sur le plumitif, à la seule demande des parties; mais, si l'une d'elles manque de faire cette déclaration, les significations faites au greffe du tribunal sont aussi valables que si elles l'étaient à personne ou à domicile. Les motifs qui ont dicté ces dispositions nous portent à croire qu'elles doivent être exécutées, même lorsque, par un renvoi légalement prononcé, des incidents sont portés devant un tribunal civil, comme on l'a vu n° 1348. Du reste, ce domicile, élu par la volonté de la loi, est limité aux seuls rapports entre le demandeur et le défendeur, et l'intervention d'un tiers n'y serait pas valablement signifiée.

1369. Quelque simples que soient les formes qui doivent être observées devant les tribunaux de commerce, elles sont susceptibles de divers incidents qui se rencontrent souvent dans les causes ordinaires. On doit placer les exceptions au premier rang.

Elles sont, ou péremptoires, ou dilatoires. Les exceptions péremptoires sont de deux espèces : celles qui concernent la forme, et celles qui concernent le fond de la demande.

Les premières résultent des nullités; elles doivent être proposées avant toutes défenses ou exceptions, autres que celles d'incompétence. Comme il ne se fait aucun acte de procédure devant les tribunaux de commerce, on ne peut mettre dans ce nombre que les nullités de l'exploit de demande. Les juges peuvent souvent les rejeter, lorsque les parties qui en excipent comparaissent en personne; l'esprit de la loi étant qu'on en fasse usage le plus rarement possible, et que les causes soient jugées promptement et sans frais [2].

Les secondes se tirent de ce que le demandeur n'est pas recevable dans sa réclamation, soit par défaut de qualité ou d'intérêt, soit à cause d'une prescription acquise, d'une transaction intervenue, d'un jugement non attaqué, d'une déchéance encourue par défaut de protêt régulier ou fait dans les délais [3], ou faute d'avoir intenté l'action en temps utile, etc. Il est naturel de s'en occuper d'abord, puisque, si elles sont admises, elles dispensent d'examiner le fond de la cause. Néanmoins, si l'on a oublié de les

[1] Rejet, 20 janv. 1825

[2] Voy. Thomines, comment., n. 86.

[3] Cass., 29 juin 1819 Dalloz, t. 12, p. 374

proposer dans le principe, on est admis à les faire valoir jusqu'au jugement; à moins qu'il ne paraisse, par la manière dont on s'est défendu, qu'on y a renoncé. C'est naturellement aux tribunaux et aux cours royales que l'appréciation des circonstances appartient dans ce cas. Il suffit de faire observer qu'en général on ne doit être présumé y avoir renoncé, qu'autant que la défense était entièrement incompatible avec l'exception. Ainsi, celui qui invoque l'incompétence du tribunal [1], ou qui prétend ne rien devoir, ne renonce pas à opposer la prescription, après qu'il aura été jugé que le titre invoqué contre lui le constitue débiteur [2]. Mais s'il soutient devoir moins qu'on ne lui demande, il se reconnaît alors débiteur, et ne peut plus opposer la prescription.

La compensation est encore une exception que le défendeur peut faire valoir en tout état de cause, pourvu qu'on ne s'écarte point des règles de compétence indiquées nº 1350. Les tribunaux ne sauraient trop se mettre en garde contre des exceptions qui n'ont, le plus souvent, pour but, que de retarder des condamnations légitimes.

1370. Il y a deux espèces d'exceptions dilatoires. Les unes ont pour but de renvoyer l'exercice de la demande à un autre temps; on peut en donner pour exemple les délais que réclame pour délibérer un défendeur assigné en qualité d'héritier, ou ceux qu'on a pour appeler la personne contre qui on prétend avoir droit d'exercer une garantie.

L'effet des autres est de faire renvoyer la cause devant un autre tribunal, ce qu'on nomme *déclinatoire*. Ce renvoi peut être demandé non-seulement par celui qui a été assigné principalement devant le tribunal qu'il soutient n'être pas compétent, mais même lorsqu'il a appelé un garant dans le cas dont nous avons parlé nº 1356, ce garant peut faire valoir le déclinatoire, que le garanti n'invoquerait pas [3].

Il peut être demandé pour connexité, pour litispendance, ou par le motif que le tribunal est incompétent.

Il y a connexité, lorsque l'objet de la cause a tellement de rapports avec une autre cause, soumise à un tribunal différent, que le jugement de l'une influerait sur celle de l'autre, et que la même instruction peut dès lors suffire aux deux. Il y a litispendance, lorsque la cause elle-même est déjà soumise à un autre tribunal.

Nous avons vu qu'il y avait deux espèces d'incompétence.

L'incompétence d'attribution qui a été expliquée nº 1345 et suiv., tient au droit public, parce qu'elle intéresse l'ordre des juridictions. Le législateur, qui a cru que des juges étaient suffisamment instruits pour connaître de *telles* matières, n'a pas entendu qu'ils pussent en juger d'autres. Les tribunaux de commerce n'étant que de simple exception, et leur juridiction étant distraite de la juridiction générale confiée aux juges civils, ils doivent renvoyer les causes qui ne leur sont pas attribuées; et le consentement des parties à être jugées par eux ne suffirait pas. Ainsi, conformément à ce qui a été dit nº 1350, lorsqu'il s'élève devant un tribunal de commerce, même au cours d'une instance qu'il lui appartient de juger, une contestation sur la qualité de veuve ou d'héritier d'une personne, les juges doivent renvoyer les parties devant le tribunal compétent. Ainsi, quand la loi veut, comme nous l'avons dit nº 1001, que la contestation soit jugée par des arbitres, le tribunal ne peut, même du consentement des parties, en conserver la connaissance. Ainsi, les tribunaux de commerce ne sont pas moins que les tribunaux civils, obligés de respecter les principes constitutifs de l'ordre judiciaire, consignés dans l'art. 13 du titre II de la loi du 24 août 1790 et dans la loi du 2 septembre 1795 (16 fructidor an III), qui ne permettent point aux juges de connaître des contestations attribuées par les lois à l'administration, d'après les principes expliqués nº 1352, ni de suspendre ou d'empêcher l'exécution des actes administratifs qui seraient produits devant eux, et qui les oblige à tenir pour constant et décidé ce qui l'est par ces actes, sauf aux parties intéressées à en provoquer la réformation devant l'autorité administrative supérieure. Dans ces cas et autres semblables, le tribunal n'est pas sans doute obligé de se dessaisir, par cela seul qu'une des parties plaidantes soutiendrait qu'il y a nécessité d'interprétation. S'il ne voit pas cette nécessité, il peut passer

1 Cass., 19 mai 1815. Dalloz, t. 15, p. 345.
2 Cass., 19 avril 1815. Dalloz, t. 22, p. 350.
3 Règlement de juges, 4 oct. 1808.

outre [1]. Mais si une interprétation lui paraît nécessaire, il doit renvoyer les parties à se pourvoir devant l'autorité compétente. Du reste lorsque l'incompétence est alléguée devant lui par une partie, et qu'il la rejette, il doit, quoique dans un même jugement, prononcer par deux dispositions distinctes.

Mais il ne faut pas perdre de vue l'exception relative aux lettres de change imparfaites et aux billets à ordre. Lors même que ces actes n'expriment pas une cause commerciale, ou qu'il n'existe pas, parmi les défendeurs, un commerçant, le tribunal n'est pas tenu d'ordonner d'office le renvoi devant le tribunal civil; s'il n'en est requis par le défendeur.

Quand la personne assignée n'est pas justiciable du tribunal, ou par son domicile, ou par une des causes que nous avons vu être de nature à distraire une personne de ses juges territoriaux, le déclinatoire doit être présenté par elle avant toutes défenses au fond. Néanmois, le tribunal a droit de refuser de juger, lors même qu'aucune des parties n'excipe de son incompétence [2]; il s'ensuit seulement que le défaut de renvoi ne serait pas un motif d'appel.

Il faut donc bien s'attacher à la différence entre les deux espèces d'incompétence, puisque la première ne pouvant être couverte par le silence ou le consentement des parties, la défense au fond, tant que le délai d'appel n'est pas expiré, n'empêcherait pas de l'interjeter, encore que le jugement fût rendu en dernier ressort; et même elle est un moyen de cassation qui peut être invoqué par celui qui aurait saisi le tribunal incompétent, tandis que la seconde ne peut plus être invoquée, ni en appel, ni même en première instance, par celui qui n'en a pas excipé avant de défendre au fond.

1371. Il y a encore d'autres exceptions, que les tribunaux de commerce doivent apprécier avec soin, quoiqu'elles ne touchent point à la compétence. On peut en donner pour exemple celles qui tendraient à rendre les condamnations moins rigoureuses; nous en avons vu un, n° 316, pour les lettres de change souscrites par des personnes du sexe, ou par des mineurs émancipés. Mais les individus qui, n'ayant pas cette exception en leur faveur, ont signé, à quelque titre que ce soit, des lettres tirées, acceptées ou endossées, soit par des incapables, soit par des personnes du sexe, ou cautionné ces engagements de toute autre manière, n'y sont pas recevables; ils sont tenus de toutes les obligations qui dérivent du contrat de change, parce que c'est de leur part la garantie solidaire d'une obligation susceptible d'être annulée ou restreinte par une cause personnelle à l'obligé principal, ou à l'un des obligés, dont la caution ou les coobligés ne profitent pas.

Souvent le point de contestation consiste à savoir si un individu est, ou non, commerçant. Cette preuve résulte de l'habitude où il est de se livrer à des actes de commerce [3], et quelquefois même de son aveu, lorsqu'il a pris cette qualité, soit dans l'acte pour lequel il est poursuivi, soit dans toute autre circonstance [4]. Il faut cependant excepter le cas où il paraîtrait que cette qualité a été prise pour soustraire l'obligé à une incapacité dont il serait frappé, ou pour le soumettre aux moyens d'exécution plus rigoureux qu'entraînent les condamnations commerciales.

1372. Lorsque les exceptions sont de nature à être prouvées par des témoignages ou par des écrits autres que les actes de procédure, le défendeur doit les justifier sur-le-champ. Celles qu'il offrirait de prouver, dans un laps de temps considérable, pourraient être rejetées comme des moyens d'éluder la condamnation et d'obtenir des délais; ou du moins, le tribunal pourrait obliger le défendeur, soit à consigner le montant de la condamnation demandée, soit à la payer au demandeur, sous la seule caution de celui-ci de rapporter, s'il y a lieu [5]. Il peut statuer aussi sur le fond, en rejetant l'exception.

C'est à l'aide de ces principes que l'on peut appliquer ce que nous avons dit, n. 1350 et 1359, sur les diverses exceptions dont une action est susceptible, et sur les demandes reconventionnelles formées dans une instance pendante devant les tribunaux de commerce.

1373. La dénégation de signature, l'inscription de faux, forment des incidents

[1] Rejet, 13 mai 1824. — Rejet, 9 août 1825.

[2] Rejet, 11 mars 1807. Dalloz, t. 5, p. 431.

[3] Eût-il même une profession étrangère au commerce. Cass., 28 mai 1828. J. de Br., 1828, 2e, p. 300. J. du 19e s., 1828, 1e, p. 269.

[4] Voy. J. de Br., 1832, 1e, p. 24, J. du 19e s., 1832, 3e, p. 86

[5] Rejet, 19 avril 1820.

qu'un défendeur peut faire valoir. Le tribunal, s'il reconnaît que le faux allégué, fût-il prouvé, n'influerait point sur le fond de l'affaire, a le droit de passer outre [1]. Mais si l'instruction sur ce faux, ou même une vérification d'écriture, lui paraît nécessaire, encore bien que la partie à qui l'acte est opposé ne l'eût pas demandé et se fût bornée à exprimer des doutes sur la vérité de la pièce [2], il peut en ordonner le dépôt à son greffe, pour mettre le procureur du roi à même de faire les poursuites criminelles qu'il jugera convenables [3] : il doit alors surseoir au jugement, et renvoyer devant les juges civils, qui statuent de la même manière que si l'incident s'élevait dans une affaire civile, et prononcent contre celui qui a dénié sa signature, ou s'est inscrit en faux sans sujet, les amendes ordinaires. Si cependant la cause avait plusieurs chefs, et que la pièce ne fût relative qu'à un seul, le tribunal de commerce pourrait procéder au jugement des autres.

Il en serait de même si celui qui s'inscrit en faux n'était qu'un appelé en garantie, par exemple, un donneur d'aval. L'inscription de faux qu'il formerait n'empêcherait pas la condamnation de l'obligé principal et des endosseurs.

Si l'instance était pendante devant un tribunal civil, remplissant les fonctions de celui de commerce, dans un lieu où il n'en existe pas, ce tribunal se dessaisirait, en ce sens qu'il renverrait devant lui-même en audience ordinaire; et alors les formalités exigées dans ces sortes d'incidents devraient être remplies de la même manière que si, par suite d'un renvoi, un tribunal civil en avait été saisi.

S'il est besoin de visite ou d'appréciation d'ouvrages ou marchandises, on nomme un ou trois experts. Les règles sur la nomination, la récusation, le serment et la manière d'opérer de la part des experts, en matière sommaire, doivent être observées. Dans ce cas et dans tous les autres, l'opinion des experts n'est pas un guide forcé; le tribunal pourrait, ou l'écarter tout-à-fait, ou condamner le défendeur à une somme plus forte ou plus faible [4].

Il n'est pas même impossible qu'il y ait lieu à une sorte d'expertise, que l'étendue des relations commerciales peut nécessiter. Un effet de commerce, se trouvant revêtu d'endossements écrits en langue et quelquefois même en caractères étrangers, il peut être nécessaire d'en ordonner la traduction. La marche admise pour les expertises doit être suivie. Une opération de ce genre n'a rien de commun avec les vérifications d'écritures et de signatures dont nous venons de parler, et par conséquent le tribunal de commerce peut en connaître. Ces traductions, lorsqu'elles sont nécessitées par des négociations maritimes, ne peuvent être faites que par des courtiers interprètes, conformément à ce que nous avons dit n° 133.

Le tribunal peut aussi nommer, dans certains cas, tels que celui où il s'agit de liquidation de comptes ou d'éclaircissements sur certains faits, des commissaires pour entendre les parties. Les personnes ainsi nommées sont examinateurs, et non appréciateurs comme des experts : elles concilient, lorsque cela est possible; et si elles n'obtiennent pas ce résultat, elles donnent un avis qui a l'avantage de réduire les débats à leurs véritables termes, et d'en faciliter la décision [5].

Ces commissionnaires, qu'on nomme assez improprement *arbitres*, mais qu'il ne faut pas confondre avec les arbitres juges dont nous parlerons au titre suivant, ne sont pas, comme les experts, assujettis au serment. Cette différence vient de celle qui existe entre les fonctions des uns et des autres. Ces arbitres ont, avec des experts, cela de commun, qu'ils n'émettent qu'une simple opinion; mais l'opinion de ces arbitres repose, ou sur des raisonnements dont il est possible aux juges d'apprécier la force, ou sur des pièces qui sont sous les yeux du tribunal; celle des experts, au contraire, est fondée sur des faits qu'ils attestent, et que les juges ne sont pas à portée de vérifier. Cette circonstance donne, jusqu'à un certain point, aux rapports d'experts, le caractère du témoignage; et dès-lors la fidélité doit en être garantie par la religion du serment.

[1] Rejet, 18 août 1806.—Rejet, 8 mai 1827.—Rejet, 25 juill. 1827, J. du 19e s., 1827, 1e, p. 503. Voy. Despréaux, n. 148.

[2] Cass., 10 juill. 1816.

[3] Rejet, 1er avril 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 134.

[4] Rejet, 22 mars 1813. Dalloz, t. 8, p. 411. Sirey, 11, 1e, p. 386.

[5] Rejet, 23 floréal an XI.

1374. Le tribunal de commerce, peut également ordonner, même d'office, que les parties seront entendues en personne, à l'audience ou à la chambre du conseil, et s'il y a empêchement légitime, commettre un de ses membres, ou même un juge-de-paix, qui dresse procès-verbal des déclarations. La faveur du titre de la demande n'empêche pas le tribunal de prendre ces éclaircissements. Le défaut de comparution, sans excuse légitime, lorsqu'elle a été ainsi ordonnée, pourrait être considéré comme un aveu des faits allégués par l'adversaire, sur lesquels le tribunal aurait voulu entendre le non comparant.

Si l'une des parties, que le tribunal juge à propos d'entendre en personne, était détenue pour dettes, il serait naturel de lui accorder un sauf-conduit, de la manière que nous indiquerons, n° 1515, pour les témoins.

On a vu, n° 259, que le tribunal pouvait ordonner la représentation des livres d'un commerçant. Lorsque ces livres sont dans un lieu éloigné du tribunal saisi de l'affaire, il peut adresser une commission rogatoire au tribunal de commerce de ce lieu, ou déléguer un juge-de-paix, pour en prendre connaissance, dresser procès-verbal du contenu et l'envoyer au greffe. Cette vérification n'est point assujettie aux formes exigées pour ce qu'on appelle *compulsoires* en matière civile; ainsi elle ne pourrait être annulée sous prétexte que l'autre partie n'a pas été présente ou intimée, encore bien que le jugement eût déclaré qu'elle aurait lieu de cette manière.

Ce ne sont pas seulement les livres des parties engagées dans la contestation, dont la vérification peut être ordonnée, mais encore ceux d'un tiers. Ainsi, indépendamment de ce que nous avons dit, n° 126, sur les livres des agents de change et des courtiers, il arrive souvent que ceux d'un commissionnaire, d'un banquier, constatent les opérations intervenues entre deux commerçants dont ils ont été les intermédiaires; il peut dès-lors être nécessaire de consulter leurs livres pour connaître l'étendue de la négociation. Ce que nous avons dit n° 259 concilierait cet intérêt avec le respect qui est dû au secret des opérations commerciales. Mais c'est moins, dans ce cas, une preuve de l'espèce de celle que nous examinons ici, que ce n'est une preuve testimoniale, ou, si le commerçant qui a écrit les livres était décédé, un indice dont l'appréciation est laissée à la prudence des juges.

1375. La preuve testimoniale est, comme on l'a vu n° 262 et suiv., admissible dans un grand nombre de circonstances, et, à moins que la loi ne s'y oppose, la faculté de l'ordonner est purement discrétionnaire. Si les juges admettaient la preuve testimoniale sans y être déterminés, soit par la qualité et la bonne ou mauvaise réputation des personnes, soit par quelques autres adminicules, il pourrait y avoir un mal jugé qui, dans le cas où ils ne prononcent pas en dernier ressort, donnerait lieu de réformer leurs jugements. Mais cette autorité discrétionnaire laisse également voir que ces mêmes jugements ne peuvent jamais, par ce motif, être sujets à cassation, puisqu'ils ne contiendraient pas une violation de la loi. Les juges s'exposeraient, au contraire, à l'annulation de leurs décisions, s'ils admettaient la preuve testimoniale dans le cas où la loi n'autorise qu'une preuve écrite, à moins qu'il n'existât un commencement de preuve, qu'il n'y eût allégation de dol ou fraude, ou qu'il ne s'agît de réparer la perte d'actes perdus par une force majeure prouvée.

Le tribunal, une fois qu'il a cru que la loi ou les principes ne s'opposaient point à l'admission de la preuve testimoniale, et qu'il lui paraît utile, pour la décision du procès, d'ordonner cette preuve, ne doit permettre de justifier que des faits pertinents, c'est-à-dire tels que, s'ils sont prouvés, ils influeront sur le jugement de la cause [1].

L'enquête peut être provoquée par l'une et par l'autre des deux parties, selon que la nécessité de prouver se lie à la défense de leur cause. Le tribunal peut aussi ordonner d'office la preuve des faits qu'il croit utile de vérifier.

L'adversaire de celui qui articule des faits dont il offre la preuve, doit être requis de les avouer ou de les dénier. Quand il les avoue, on n'a plus besoin d'enquête : dans le cas contraire, il peut soutenir qu'ils ne sont pas pertinents, c'est-à-dire qu'en les supposant prouvés, ils ne pourraient légalement avoir aucune influence sur la décision de la cause; que la loi en défend la preuve; que la fausseté en est démontrée par des pièces ou par des circonstances décisives.

[1] Voy. les arrêts cités t. 1, p. 144, note 3 et 145, note 1.

Si ces moyens ne réussissent pas, et que le tribunal ordonne la preuve, il précise dans le jugement les faits sur lesquels cette preuve est admise, ou, s'il s'agit de prouver une qualité résultant d'une série d'actes divers, le point contesté sur lequel la preuve devra être faite [1]. Les témoins sont entendus à l'audience, aux jour et heure fixés par le jugement, après avoir été cités, au moins un jour avant celui de la comparution; et même les parties pourraient consentir que les témoins se présentassent sur leur simple avertissement, sans assignation, les règles ordinaires des enquêtes, même en matière sommaire, n'étant point applicables dans ce cas [2].

Du reste, celui qui assigne un témoin doit lui faire donner copie du dispositif du jugement qui ordonne l'enquête, et signifier à la partie adverse copie des noms des témoins.

On dresse un procès-verbal de l'enquête, dans laquelle les témoins, s'ils sont d'une religion qui ait des formes particulières sur la prestation de serment, peuvent être requis de le prêter suivant ces formes [3]. Lorsque le jugement est susceptible d'appel, on doit y rapporter les serments, les déclarations de parenté ou alliance, et les reproches. Le greffier rédige chaque déposition, la lit et la fait signer par le témoin, ou fait mention de son refus de signer. Quand les causes ne sont pas susceptibles d'appel, il suffit d'insérer dans le jugement le résultat des dispositions avec les noms des témoins; et même l'énonciation de ces noms n'est pas une formalité substantielle dont l'omission pourrait faire annuler l'enquête.

Si l'une des parties n'avait pu faire appeler tous ses témoins, ou s'ils ne paraissaient pas, ou si enfin elle en avait de nouveaux à produire, elle pourrait demander au tribunal une prorogation d'enquête, et sa demande serait jugée sur-le-champ.

Lorsque les témoins sont éloignés ou empêchés, le tribunal peut commettre un tribunal voisin, ou le juge que désignera ce dernier tribunal, ou enfin le juge-de-paix du lieu, qui rédigent alors, quelle que soit l'importance de la cause, un procès-verbal d'audition.

Toutes les règles du droit civil relatives aux personnes qui ne peuvent être assignées comme témoins, ou qui sont reprochables, et aux diverses espèces de reproches qui peuvent être produits, doivent être observées sans aucune restriction.

1376. L'interrogatoire sur faits et articles est encore un moyen de parvenir à connaître la vérité, qu'on peut employer devant le tribunal de commerce, mais seulement lorsque les faits articulés se rapportent à la question, et qu'ils sont pertinents, sans retarder l'instruction et le jugement. Ainsi, cet interrogatoire n'a pas lieu nécessairement par le seul effet de la demande d'une des parties [4].

Il pourrait être ordonné à l'égard d'une société; mais alors quelques doutes peuvent s'élever sur la question de savoir si tous les membres, ou si l'un d'entre eux seulement doit être interrogé. Il est indubitable que, s'il s'agissait d'une société anonyme ou en commandite, les administrateurs, ou les associés responsables, seraient seuls soumis à l'interrogatoire. Mais il y aurait plus de difficulté pour le cas d'une société en nom collectif: on pourrait cependant la résoudre à l'aide d'une distinction. Si tous les associés géraient la société, tous devraient être interrogés, parce qu'ils peuvent donner des renseignements; mais s'il existait un gérant, lui seul devrait répondre à l'interrogatoire; car cette formalité n'a pour objet que de donner aux tribunaux des moyens de connaître la vérité. Du reste, cet interrogatoire n'est pas, comme le serment, un appel à la conscience, et ne lie point les tribunaux par les réponses de l'interrogé.

Il arrive aussi, dans un grand nombre de circonstances, qu'une des parties défère le serment à son adversaire: le tribunal peut, selon la nature de la contestation et le plus ou moins d'influence qu'aurait le fait pour lequel le serment est déféré sur le jugement de la cause, accorder ou refuser cette demande [5]. Ce serment ne peut être déféré que sur un fait personnel à la partie de qui il est requis; et, lorsqu'il ne s'agit pas d'un fait qui, s'il était prouvé contre celui qui s'en défend, donnerait lieu à une condamnation pénale. Il serait peu moral que quelqu'un fût placé entre sa conscience et la

1 Rejet, 9 fév. 1813.

2 Rejet, 9 mars 1819. Dalloz, t. 12, p. 570, Sirey, 9, 1e, p. 301.

3 Rejet, 28 mars 1810.—Rejet, 12 juill. 1810. Dalloz, t. 25, p. 121.

4 Rejet, 2 fév. 1819. Despréaux, n. 63.

5 Rejet, 23 avril 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 366.

crainte d'une condamnation correctionnelle qui imprime une sorte de déshonneur, et peut priver du bénéfice de cession, comme on l'a vu n° 1328. Celui à qui son adversaire a déféré le serment peut le lui refuser, si les conditions ci-dessus expliquées se rencontrent. Celui qui a déféré ou référé le serment à son adversaire, ne peut rétracter sa demande, quand celui-ci a déclaré être prêt à faire le serment requis. Le tribunal peut aussi déférer d'office le serment à l'une des parties, qui alors n'a pas droit de le référer à son adversaire. La règle la plus sûre qu'on puisse offrir aux juges dans ce cas, est que la demande ou l'exception ne lui paraissent pas complétement prouvées, car alors le serment est inutile, et que cependant il y ait d'assez fortes présomptions pour croire qu'elle n'est pas dénuée de fondement : c'est à eux à apprécier ces présomptions d'après les éléments de la procédure [1].

Il est nécessaire que le jugement énonce les faits sur lesquels le serment sera reçu. Il doit être prêté par la partie en personne, et à l'audience. Dans le cas d'un empêchement légitime et dûment constaté, il peut l'être devant un juge commis par le tribunal, qui se transporte chez la partie, assisté du greffier; et même, si cette partie est trop éloignée, le tribunal peut ordonner qu'elle le prêtera devant le tribunal de sa résidence [2]. Dans tous les cas, le serment doit être fait en présence de l'autre partie, ou elle dûment appelée par exploit contenant indication du jour de la prestation, sans que la mort de cette partie empêche l'exécution du jugement.

Ainsi, jamais le serment ne peut être prêté par un fondé de pouvoir. En effet, assez souvent, ce serment consiste dans une déclaration affirmative ou négative sur ce qui est demandé : il peut d'ailleurs arriver que le tribunal croie utile d'ajouter quelque chose à ce qui lui avait d'abord paru devoir faire l'objet du serment; il ne peut être enchaîné par son jugement sous ce point de vue. La partie qui refuse le serment doit succomber dans sa demande ou dans son exception.

Dans ces différents cas, où il est nécessaire que le tribunal entende, ou des témoins, ou des parties dans leurs défenses en personne, dans un interrogatoire ou un serment, les étrangers qui ne peuvent s'expliquer en français, sont obligés d'emprunter le ministère de courtiers-interprètes, dont nous avons parlé n° 133; et, dans les lieux où il n'en existe pas, ou en cas d'empêchement légitime, le tribunal peut et doit en commettre. L'interprète doit prêter serment de traduire fidèlement les dires et réponses de la partie.

1377. Nous avons vu, n° 191, que les tribunaux de commerce avaient souvent besoin de consulter les usages; mais leur existence doit être constatée par des témoignages qui offrent des garanties suffisantes. C'est ce qu'on appelle *parères*. Il est impossible de préciser l'influence que peut avoir, sur des juges ce genre de témoignages; c'est la considération dont jouissent les signataires, leur probité, leurs lumières, en un mot, tout ce qui garantit la vérité de leur assertion, qui doit influer sur la conscience des juges : trop souvent des parères opposés les uns aux autres ont montré qu'il y avait disidence sur les points et sur les questions les plus simples; mais ce n'est pas un motif pour les repousser tous. Si un tribunal, pour s'éclairer sur un usage, avait ordonné aux parties de se procurer des parères, et si une d'entre elles seulement en produisait, sans que des faits ou des circonstances vinssent en combattre l'autorité, le tribunal devrait tenir pour certain ce qu'atteste le parère; et même le jugement qui aurait décidé le contraire pourrait être infirmé sur l'appel. Les parères auraient une plus grande autorité s'ils émanaient d'une réunion de commerçants ayant un caractère public aux yeux de la loi, par exemple d'une chambre de commerce. La surveillance continue de ces corps sur l'ensemble des opérations commerciales offrirait une garantie que ne pré-

[1] Rejet, 22 janv. 1828. J. du 19e s., 1828, 1e, p. 238.

[2] L'art. 121 du code de proc. civ, en permettant au juge de déléguer le tribunal de la résidence de la partie, n'a disposé ainsi que pour le cas où cette résidence se trouverait dans le ressort d'un tribunal du même pays; les lettres rogatoires à adresser à cette fin à un tribunal étranger ne sont pas admises. Elles ne seraient d'ailleurs obligatoires pour le tribunal étranger que pour autant qu'il existât, à cet égard, des conventions diplomatiques ou un traité particulier de nation à nation.

Semblable convention ou traité n'existe pas entre la Belgique et la France. Br., 18 janv. 1835. J. de Belg. 1835, p.121, et 1836, p. 250. V. J. de Br. 1828, 1e, p. 268, un arrêt semblable, relatif à une enquête. Contrà. Br., 19 janv. 1833; J. de Belg., 1833, p. 53.

sentent pas toujours des certificats émanés de quelques particuliers.

Quelquefois encore, pour constater un point de législation étrangère, que les tribunaux de commerce peuvent être appelés à appliquer, les parties produisent devant eux des certificats émanés de jurisconsultes ou de magistrats du pays, certificats qui prennent le nom *d'actes de notoriété* [1]. Les observations que nous avons faites sur la confiance due aux parères s'appliqueraient à ces actes; ils offriraient cependant une garantie plus rassurante, s'ils émanaient des autorités locales.

Par suite des mêmes principes, les juges peuvent eux-mêmes, et sans exiger que les parties se procurent les certificats dont nous venons de parler, s'adresser à des négociants éclairés, aux chambres de commerce, en un mot, à toutes les personnes capables de les instruire sur le point douteux qu'ils sont appelés à décider.

Nous n'avons pas cru nécessaire de parler des interventions ou autres incidents qui peuvent se présenter dans une procédure commerciale, parce que les règles du droit civil y sont applicables sans aucune restriction.

1378. Il y a des procès qui offrent des questions si difficiles et si importantes, ou qui sont tellement compliqués, qu'il est nécessaire que les juges en examinent les pièces par eux-mêmes, et n'y statuent pas sur de simples plaidoiries. Dans le premier cas, ils ordonnent un délibéré et se retirent en conséquence dans la chambre du conseil pour se livrer à l'examen de l'affaire : ils prononcent à la même audience, ou à celle qu'ils indiquent, sans autre signification, tellement que la cause peut être jugée, encore que l'une des parties, n'ait pas remis ses pièces. Dans le second cas, ils chargent l'un d'eux de faire un rapport; on a vu même, nº 1142, que les causes qui concernent une faillite ne peuvent être décidées que sur celui du juge-commissaire. Ce rapport est un résumé des faits de la cause et des moyens des parties; il est toujours fait à l'audience, et le juge n'y énonce point son avis.

1379. Nous avons dit, nº 1343, à quel nombre de juges les tribunaux de commerce pouvaient prononcer. Quelques notions sur la forme de leurs jugements suffiront maintenant.

Tout jugement est rendu à la pluralité absolue des suffrages, c'est-à-dire de moitié plus un des juges présents; le dernier reçu opine le premier. S'il se forme plus de deux opinions, les juges qui sont le moins nombreux sont tenus, après qu'on a été une seconde fois aux voix, de se réunir à l'une des deux opinions qui compte le plus grand nombre de suffrages.

Si ces deux opinions sont émises par un nombre égal de juges, il y a partage : on le vide en appelant un juge ou un suppléant, et s'il n'est pas possible, un commerçant porté sur la liste indiquée nº 1339.

La rédaction du jugement doit contenir les noms des parties, les qualités dans lesquelles celles-ci procèdent, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, ce qui est extrêmement utile en cas d'obscurité ou de recours contre le jugement. Mais on ne doit pas y insérer les motifs des conclusions, ni les moyens de droit que les parties ont présentés ; cet abus, introduit dans plusieurs tribunaux, alonge singulièrement les jugements, et constitue les parties dans des frais considérables.

Le jugement doit contenir, en outre, les noms des juges qui l'ont rendu, les motifs et le dispositif. Les motifs servent à interpréter le dispositif, mais c'est le dispositif seul qui forme l'essence du jugement; de sorte qu'un jugement, bon en lui-même, devrait être confirmé, quoique les motifs en fussent mauvais, sauf à la cour royale à désapprouver, dans ses propres motifs, les erreurs qu'énonceraient ceux du jugement rendu en première instance.

Nous avons vu nº 183, que les juges pouvaient, en considération de la position du débiteur, et en usant de ce pouvoir avec une grande réserve, lui accorder des délais modérés pour le paiement, et surseoir à l'exécution des poursuites, toutes choses demeurant en état. Lorsque cette faculté ne leur est pas interdite par la loi, ils n'en peuvent user que par le jugement qui décide le fond

[1] Voy. J. de Br., 1815, 1e, p. 167, Rauter, de la procéd., n. 119, les cours de justice en Belgique . sont incompétentes pour delivrer de semblables actes de notoriété. Br., 9 mai 1831; J. de Br., 1831, 1e, p. 397, J. du 19e s., 1831, 3e, p. 166, 1832, 3e, p. 389.

de la contestation, car autrement il s'élèverait, après ce jugement, un procès nouveau pour savoir s'il y a, ou non, lieu à accorder du délai [1]. Assez souvent ils imposent au débiteur l'obligation de donner caution. Les règles à suivre dans ce cas et dans tout autre où un jugement imposerait à une partie l'obligation de donner caution, seront expliquées n° 1383.

Celui qui succombe est condamné aux dépens, à moins que la qualité des parties ou la considération que chacune a succombé sur quelque point, ne décide le tribunal à les compenser en tout ou en partie. Si le jugement n'est que préparatoire, les dépens doivent être réservés. Il en est de même lorsque le jugement est interlocutoire, à moins que l'une des parties n'ait contesté le point sur lequel l'interlocutoire a prononcé. Enfin, le tribunal peut prononcer des dommages-intérêts, la suppression des écrits injurieux, ou des termes injurieux contenus dans des mémoires publiés ou répondus à l'occasion du procès, et même, si cette mesure ne lui paraissait pas suffisante, ordonner l'affiche de son jugement aux frais de la partie condamnée.

1380. La partie qui ne se présente pas dans le délai indiqué, n° 1367, est jugée par défaut. Mais, lorsqu'il y a plusieurs défendeurs cités, le défaut n'est adjugé qu'après le plus long délai, et tous y sont compris. Il n'est pas nécessaire que ce défaut soit prononcé le jour même que l'exploit indique pour la comparution.

Le demandeur ne devant obtenir ce qu'il réclame que si ses conclusions se trouvent justes et bien vérifiées, le tribunal est maître, à l'appel de la cause, d'exiger qu'il fasse la remise des pièces sur le bureau. Il n'y a pas la même obligation de vérifier les conclusions du défendeur, pour lui adjuger le profit du défaut : le demandeur ayant eu le loisir de méditer sa demande et d'en préparer les titres et les moyens, son absence doit inspirer des préventions plus défavorables que celle du défendeur, qui est présumé avoir raison, par cela seul que le demandeur ne prouve pas qu'il a raison lui-même. Cependant, même dans ce cas, le tribunal peut vouloir vérifier, et, dans l'une et l'autre hypothèse, il peut ne prononcer son jugement qu'à un jour autre que celui auquel tombait l'assignation.

Il peut arriver que, parmi plusieurs parties assignées, quelques unes seulement comparaissent; le tribunal a la faculté de prononcer défaut contre les autres, en joignant le profit à la cause, pour y être statué par un seul jugement. Cette mesure, prescrite pour la procédure devant les tribunaux civils, est fondée sur l'utilité d'abréger les procès, et sur ce que les intérêts des défaillants sont de même nature que ceux des présents; d'où l'on conclut naturellement qu'ils peuvent obtenir gain de cause avec ceux-ci. Cependant, comme elle peut entraîner à l'égard des présents des lenteurs qui ont leurs dangers en matière commerciale, les juges ne sont pas rigoureusement obligés de s'y conformer [2]; ils peuvent cependant la prendre sans commettre aucune violation de loi [3]. Le jugement qui donne défaut, en joignant le profit, doit être signifié à chaque défaillant, avec assignation par huissier commis, au jour où la cause sera appelée.

Quelques tribunaux sont dans l'usage d'ordonner la réassignation du défendeur comparant, même hors ce cas : mais il n'y a pas nécessité; et si une telle réassignation était nulle, la validité de l'assignation principale suffirait pour que le défaut fût régulièrement obtenu [4].

1381. Les jugements par défaut sont exécutoires un jour après la signification, et jusqu'à l'opposition. Les délais pour former cette opposition varient. Lorsque la partie s'est présentée par elle-même, ou par un fondé de pouvoir, comme on l'a vu, n° 1343, et qu'elle a refusé de plaider, ou qu'après avoir plaidé sur une exception, elle a fait défaut sur le fond, la signification peut en être faite par tout huissier compétent.

Si la partie n'a point comparu par elle ou par un fondé de pouvoir, le jugement ne peut être signifié que par un huissier commis à cet effet, soit par le tribunal, soit par le juge du domicile du défaillant. Si le demandeur n'est pas domicilié dans la commune où se fait la signification, elle doit, à peine de nullité, contenir élection de domicile dans cette commune : mais la nullité ne s'applique qu'à des significations de juge-

[1] Mais voy. Dalloz, t. 18, p. 278.
[2] Rejet, 26 mai 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 218.
[3] Rejet, 29 janv. 1819. Sirey, 20, 1e, p. 55.
[4] Rejet, 4 fév. 1808.

ments rendus par défaut ; elle ne s'étend pas à celle des jugements qui joignent le défaut au fond, et ordonnent la réassignation [1].

Au premier cas, l'opposition n'est recevable que pendant la huitaine du jour de la signification ; au second cas, l'opposition est recevable tant que le jugement n'a pas été exécuté [2].

Le jugement n'est réputé exécuté que lorsqu'un acte quelconque ne permet pas de douter que le condamné en ait eu connaissance. Ainsi, lorsque, dans la signification ou le commandement qui la suit, le condamné fait une protestation: il n'est plus douteux qu'il ait connu le défaut ; et le délai d'opposition court de ce jour-là. Ainsi, des saisies-arrêts faites en vertu d'un jugement par defaut, et signifiées au débiteur, sont une preuve d'exécution qui fait courir le délai [3]. Il en serait de même d'une lettre par laquelle celui qui est condamné aurait promis d'exécuter le jugement par défaut.

Ces sortes de jugements doivent être exécutés dans les six mois de leur date, à peine d'être considérés comme non avenus. L'exécution doit résulter d'un acte nécessairement connu du débiteur ; on considérerait comme ayant ce résultat, les divers actes ou faits que nous venons de désigner, et tous ceux qui auraient le même caractère. Les principes que nous avons établis, n° 182 et 240, sur la solidarité, sont suffisants pour faire connaître que la péremption de six mois ne pourrait être invoquée par des coobligés solidaires, si l'un d'entre eux avait été condamné contradictoirement.

Cette péremption est la seule que comporte la nature de la procédure devant les tribunaux de commerce, puisque le ministère d'avoué n'y est point admis, ainsi que nous l'avons dit, n° 1343.

L'opposition peut être signifiée, soit au domicile réel du demandeur, soit au domicile qu'il a élu par la signification, et elle doit contenir les moyens de l'opposant. Elle peut aussi être faite dans l'acte même d'exécution ; et l'huissier ne peut refuser de la mentionner. Mais l'opposant doit réitérer son opposition, par signification, dans les trois jours, à la personne ou au domicile du demandeur à peine de déchéance.

Le défendeur qui a formé opposition à un jugement, et qui s'en laisse débouter aussi par défaut, ne peut plus se rendre opposant.

CHAPITRE III.

Comment un Jugement doit être exécuté.

1382. Tout jugement contradictoire, ou réputé tel, qui statue définitivement sur une contestation, étant considéré comme la vérité, ne peut être modifié ni réformé par les juges qui l'ont rendu, quand même ce serait par erreur involontaire, oubli, ou toute autre cause, si ce n'est dans les cas extraordinaires de tierce opposition ou de requête civile. Ce principe ne s'applique pas néanmoins d'une manière absolue aux jugements préparatoires, qui peuvent toujours être rétractés par le tribunal qui les a rendus ; ni même aux jugements interlocutoires : ils sont, ce qu'on appelle *réparables en définitive* ; c'est-à-dire que le juge peut, dans la suite, donner une décision contraire à celle que semblait annoncer le premier jugement.

Le jugement donne hypothèque générale sur les biens de celui qui est condamné, à la charge de l'inscription par le demandeur, et produit, par une sorte de novation, ainsi que nous l'avons vu, n° 221, un droit qui ne s'éteint plus que par le laps de trente ans, quoique l'objet de la demande fût soumis à une prescription plus courte.

1383. Les jugements des tribunaux de commerce sont de plein droit exécutoires nonobstant l'appel, en donnant caution [4].

Cette caution doit être capable de s'obliger civilement : la capacité de faire le commerce ne serait pas suffisante, comme on l'a vu n° 62. Elle doit être domiciliée dans le ressort de la cour royale où elle est offerte, et susceptible d'être contrainte par corps. Ce n'est pas que le fait du cautionnement y soumette de plein droit, puisqu'il n'est pas, en lui-même, acte commercial ; mais ce cautionnement étant judiciaire, le créancier

[1] Rejet, 29 janv. 1819. Sirey, 20, 1e, p. 55.
[2] Cass., 11 mai 1828

[3] Cass., 30 juin 1812. — Rejet, 1er mai 1823. Dalloz, t. 18, p. 430 et 433. Sirey, 23, 1e, p. 72.
[4] Cass., 2 avril 1817. Sirey, 17, 1e, p. 280.

a le droit d'exiger que la caution s'y soumette, et de la rejeter si elle le refuse.

La caution doit être présentée par un acte signifié au domicile de l'appelant, s'il demeure dans le lieu où siége le tribunal, sinon au domicile par lui élu dans ce lieu, conformément à ce que nous avons dit n° 1368, avec sommation, à jour et heure fixes, de se présenter au greffe pour prendre communication, sans déplacement, des titres, s'il est ordonné que la caution en fournira, et à l'audience, pour voir prononcer sur son admission, en cas de contestation. si l'appelant ne comparaît pas, ou ne conteste pas la caution, elle doit faire sa soumission au greffe; s'il la conteste, il doit être statué au jour indiqué par la sommation. Dans tous les cas, le jugement sur cet incident s'exécute, nonobstant opposition ou appel.

En matière commerciale, la solvabilité des cautions ne se calcule pas toujours sur la fortune immobilière, mais sur la réputation du crédit. Cette espèce de solvabilité n'est point susceptible, comme la première, d'une preuve positive; il est impossible de tracer aux tribunaux de commerce des règles à ce sujet : l'appréciation des circonstances peut seule les éclairer.

On suit la même marche et on observe les mêmes principes lorsqu'une partie a obtenu du tribunal, soit la faculté d'exercer un droit, soit la faveur d'un délai, pour se libérer en donnant caution. Dans ce dernier cas, la caution est solidaire avec le débiteur, pour l'exécution de ce que doit faire ou payer ce dernier en vertu du jugement.

L'exécution provisoire peut quelquefois avoir lieu sans caution [1], pourvu que le tribunal l'ordonne par le même jugement, et non par un postérieur; mais il faut que la condamnation résulte d'un titre non attaqué, c'est-à-dire d'un acte constatant une obligation de faire ou de livrer certaines choses, ou d'une qualité reconnue, dont la conséquence serait que celui qui s'en trouve revêtu est devenu nécessairement débiteur de celui qui obtient des condamnations contre lui. Ainsi, des juges pourraient prononcer l'exécution provisoire d'un jugement qui ordonnerait au caissier de la masse d'une faillite, nommé par un jugement antérieur, de verser, dans les mains des syndics, les deniers qu'il aurait reçus pour le compte de cette masse [2].

La nécessité de l'exécution provisoire est telle que la cour royale, et, à plus forte raison, un tribunal civil qui serait saisi de quelqu'incident sur cette exécution, ne pourrait pas la suspendre.

Mais on doit supposer qu'il ne s'agit ici que du fond de la contestation. Si l'appel portait sur la compétence du tribunal de commerce, nous serions porté à croire que le jugement rendu au fond par ce tribunal, après qu'il aurait rejeté l'exception d'incompétence, ne pourrait recevoir son exécution provisoire au préjudice de l'appel.

CHAPITRE IV.

Des Voies pour faire réformer les Jugements des Tribunaux de commerce.

1384. Les jugements rendus par les tribunaux de commerce, contradictoirement ou réputés tels, lorsqu'ils sont en dernier ressort, peuvent être attaqués par voie de cassation, suivant les règles propres à cette matière. S'ils sont en premier ressort, ils peuvent être réformés par voie d'appel.

L'appel n'est admis que si le tribunal a prononcé sur une contestation qui n'était pas de nature à être jugée en dernier ressort, d'après les règles données n°s 1358 et suiv. Il importe peu que la qualification de dernier ressort ait été donnée à ce jugement; et de même l'appel ne pourrait être valablement interjeté, quoique le jugement fût qualifié en premier ressort, si l'objet de la contestation était de nature à être jugé sans appel.

Cet appel doit être porté devant la cour royale. Il doit être interjeté dans les trois mois de la signification du jugement, s'il est contradictoire, et de l'expiration du délai d'opposition, s'il est par défaut. Ce délai est augmenté en faveur des personnes qui demeurent hors de la France continentale, à

[1] Rejet, 9 fév. 1813. Dalloz, t. 15, p. 437.

[2] Rejet, 16 juill. 1817. Dalloz, t. 6, p. 373. Sirey, 19, 1e, p. 15.

raison des distances, comme nous l'avons vu n° 1367 ; il est suspendu par la mort de la partie condamnée ; et si la partie adverse s'était servie d'une pièce fausse, ou en avait retenu une décisive, les délais de l'appel ne courraient qu'à dater du faux reconnu ou du recouvrement de la pièce.

L'exécution que le condamné aurait donnée au jugement devient un obstacle à ce que l'appel soit recevable. Ainsi, lorsqu'un jugement a ordonné la dissolution d'une société, et que des liquidateurs seraient nommés, la partie qui a concouru à cette nomination n'est plus recevable à appeler [1]. Cependant, il est certains jugements dont l'exécution n'empêche pas d'interjeter appel, et même dont l'appel ne peut être interjeté avant le jugement définitif ; ce sont les jugements purement préparatoires. Tel serait le cas où un tribunal de commerce, pour vérifier les droits du porteur d'une lettre de change qu'on prétendrait contenir des suppositions, juge à propos d'ordonner la mise en cause et la comparution du preneur primitif, que le tireur soutient n'être qu'un prête-nom. Il n'en est pas de même des jugements qui préjugent le fond, au point que le résultat entraîne probablement des conséquences pour le jugement définitif. Ainsi, lorsqu'un tribunal de commerce a ordonné une mise en cause qui donne à la procédure une direction évidemment contraire aux intérêts d'une des parties, ce jugement préparatoire peut être attaqué par l'appel.

Dans tous les cas, l'appel peut être interjeté le jour même du jugement ; et s'il est par défaut, avant que la voie de l'opposition soit épuisée : la célérité des opérations commerciales commande cette exception [2].

La signification de l'appel doit être faite à personne ou à domicile, à peine de nullité ; et l'élection qui aurait été faite pour la demande principale ne suffirait pas pour cette signification, parce que son effet cesse dès l'instant que le jugement de première instance a été rendu [3]. Il en est de même d'un domicile élu pour le paiement d'une dette. De ce que l'on pouvait y assigner pour obtenir condamnation, il ne faut pas conclure qu'on puisse y signifier un acte d'appel. Mais le domicile élu dans un commandement sur saisie-exécution, rend valable la signification de l'appel qui y serait faite ; c'est une exception qu'il ne faudrait pas étendre à d'autres cas [4].

On peut faire valoir devant la cour royale les mêmes moyens que devant le tribunal de première instance. Ainsi, les nullités, les exceptions d'incompétence, et toutes autres, dont nous avons parlé n° 1369, sont, lorsque le tribunal les a rejetées, autant de moyens d'appel pour celui qui les invoquait ; celui qui prétend qu'on les a injustement admises, peut aussi se faire des moyens d'appel de cette admission. Mais il ne peut changer en appel la cause qui s'était présentée devant le premier juge ; et, par exemple, celui qui aurait en première instance, agi en trouble dans sa possession d'un brevet d'invention obtenu en 1821, ne pourrait se faire un moyen d'appel du trouble apporté à un autre brevet de 1822, quoique relatif à la même industrie [5].

Mais il ne faut pas perdre de vue ce que nous avons dit n° 1370. Il est un grand nombre d'exceptions qu'on n'est plus admis à faire valoir quand on a défendu au fond : l'exception d'incompétence, à raison de la matière, et celle de prescription, sont les seules qu'on puisse opposer en appel ; encore, en ce qui touche la prescription, faut-il que la défense devant le premier tribunal n'en suppose pas l'abandon, ainsi qu'on l'a vu n° 1369.

La cour royale doit procéder au jugement, de la manière la plus prompte. La cause devant être jugée comme les appels des jugements rendus en matière sommaire, est portée à l'audience sur un simple acte ; aucune autre procédure n'est admise en taxe [6]. La cour ne peut, comme nous l'avons dit n° 1383, ni suspendre l'exécution du jugement de première instance, lorsqu'il a été déclaré exécutoire par provision, ni prononcer cette exécution, qui n'aurait pas été ordonnée par le tribunal.

Nous avons vu que la cour royale doit prononcer sur la compétence, si la question lui en est soumise : mais si elle reconnaît l'incompétence du tribunal de commerce,

1 Rejet, 30 nov. 1825. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 186.
2 Cass., 24 juin 1816. Dalloz, t. 2, p. 123.
3 Cass., 25 vendémiaire an XII.—Cass., 28 oct. 1811. Dalloz, t. 14, p. 518.
4 Cass., 16 juill. 1811. Dalloz, t. 14, p. 507.
5 Rejet, 8 fév. 1827. J. du 19e s., 1827, 1e, p. 107.
6 Cass., 9 fév. 1813.—Cass., 14 janv. 1828. Dalloz, t. 18, p. 438.

peut-elle retenir la cause, par le motif qu'elle a droit de juger les contestations purement civiles? On peut soutenir pour la négative que ce droit n'appartient à la cour d'appel qu'autant que la cause a subi un premier degré de juridiction devant le tribunal compétent, et que, dans ce cas, on ne saurait dire que la cause soit en état, puisque jamais elle n'a été en première instance devant les véritables juges [1]. Mais la loi qui permet à la cour d'appel d'évoquer lorsqu'elle infirme pour quelque cause que ce soit, n'excluant point le cas d'incompétence, il ne nous semble pas qu'une distinction doive être admise [2].

1385. Les jugements des tribunaux de commerce sont susceptibles d'être attaqués par la voie de tierce opposition. Ce moyen, fondé sur ce que nul ne peut être condamné sans avoir été entendu, est applicable à toutes les juridictions [3]. Il est ouvert en faveur de toute personne dont les intérêts auraient été froissés par un jugement auquel elle ou ceux qu'elle représente n'auraient pas été appelés. Cette définition et ce que nous avons dit n° 190, sur les droits des créanciers, prouvent assez qu'en règle générale ils ne pourraient attaquer un jugement rendu contre leur débiteur [4], à moins qu'il ne résultât des circonstances que ce jugement a été le fruit d'un concert frauduleux entre celui qui a obtenu le jugement et le débiteur condamné. Mais alors ce serait sur les principes établis nos 1227 et suiv., que la demande des créanciers serait fondée.

La tierce opposition est, ou principale, ou incidente. La première est portée devant le tribunal qui a rendu le jugement attaqué; l'incidente est, sauf quelques exceptions dont on a vu un exemple n° 1112, portée au tribunal saisi de la contestation, lorsque ce tribunal est égal ou supérieur à celui dont le jugement est attaqué; mais lorsqu'il est inférieur, ce dernier peut seul en connaître. Le jugement n'est pas, de plein droit, suspendu par la tierce opposition; seulement les juges peuvent, à raison des circonstances, passer outre, ou surseoir.

La voie de la requête civile est aussi ouverte contre les jugements des tribunaux de commerce; car, comme ceux des tribunaux civils, ils peuvent être le résultat du dol, de la fraude; violer les formes prescrites à peine de nullité; prononcer sur des choses non demandées; accorder plus qu'il n'a été demandé, etc. La demande serait portée, dans tous les cas, devant le tribunal de qui le jugement est émané; et, si elle était formée incidemment à une contestation pendante devant un autre tribunal, les juges décideraient, comme dans le cas de la tierce opposition, si, ou non, l'exécution du premier jugement doit être suspendue. En un mot, toutes les règles de la procédure civile seraient observées, sauf la communication au ministère public, et quelques autres formalités que l'organisation particulière des tribunaux de commerce ne permettrait pas d'observer [5].

TITRE IV.

DE L'ARBITRAGE.

1386. L'arbitrage est une espèce de juridiction que de simples particuliers exercent en vertu du pouvoir que leur donnent les parties de décider leurs contestations. Ce mode de juger les différends, qui a dû précéder l'institution des tribunaux, a pour but d'éviter les longueurs et l'éclat d'un procès.

En général, les parties contestantes peuvent, dans tous les cas que n'ont pas exceptés quelques dispositions de la loi, choisir entre les juges investis par le souverain du pouvoir de rendre la justice, et ceux qu'elles veulent se donner elles-mêmes sous le nom d'*arbitres;* mais des raisons, que nous avons indiquées n° 1001, ont fait établir que les contestations entre associés seraient nécessairement jugées par arbitres. De là, deux espèces d'arbitrage, l'un volontaire, et l'autre forcé. Nous exposerons, dans deux chapitres distincts, les règles qui leur sont particulières.

1 Cass., 12 juill. 1809.

2 Rejet, 14 déc. 1825.—Rejet, 7 fév. 1826.—Rejet, 26 déc. 1827. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 287; 1827, 1e, p. 137.

3 Rejet, 23 juin 1806. Dalloz, t. 27, p. 177. Despréaux, n. 77.

4 Cass., 12 fructidor an IX.— Rejet, 15 fév. 1808. Dalloz, t. 27, p. 206.

5 Cass., 24 août 1819. Dalloz, t. 23, p. 448.

CHAPITRE PREMIER.

De l'Arbitrage volontaire.

1387. Toute contestation commerciale peut être soumise à des arbitres, pourvu que les parties aient le libre usage de leurs droits. Quelquefois les parties donnent à des personnes qu'elles choisissent, le pouvoir de transiger pour elles, consentant à être ainsi réglées sur leurs différends. Ce moyen de terminer une contestation n'est pas un arbitrage; c'est une transaction par l'entremise de fondés de pouvoirs. A cet égard, on doit suivre les règles du droit civil sur ces espèces de conventions, et sur les effets des procurations. Ces règles sont étrangères à notre travail.

Nous allons dans cinq sections, traiter de la formation de l'arbitrage volontaire; de la procédure devant les arbitres; du tiers arbitre; de l'exécution et des effets du jugement arbitral; des voies par lesquelles on peut le faire réformer.

SETION PREMIÈRE.

De la Formation du Tribunal arbitral.

1388. Les personnes jouissant du libre exercice de leurs droits peuvent seules consentir l'arbitrage volontaire; ainsi, lorsqu'un commerçant décédé laisse pour héritier un mineur ou un interdit, si la succession a des comptes ou d'autres intérêts communs à régler, ni ces mineurs ou interdits, ni leurs tuteurs, ne peuvent consentir à faire juger par des arbitres les difficultés qui pourraient naître; il faut procéder devant le tribunal de commerce, comme on l'a vu n° 1350. Cela aurait même lieu si la personne décédée avait consenti d'être jugée par des arbitres.

Il en est de même des envoyés en possession provisoire de la fortune d'un absent; des personnes mises sous l'assistance d'un conseil, si ce conseil ne les assiste pas; des condamnés par contumace, pendant les cinq années qui suivent leur exécution par effigie; et en général, de tous ceux qui sont privés de l'exercice de leurs droits civils.

Les mandataires, même autorisés, ne peuvent compromettre sans pouvoir exprès résultant de leur procuration ou d'instructions particulières [1]. En effet, celui qui a chargé quelqu'un de transiger, ne l'a fait que parce qu'il avait confiance dans les lumières et la probité de ce mandataire; peut-être n'aurait-il pas eu la même confiance dans les arbitres que ce mandataire choisirait. Nous avons vu, nos 1014 et 1075, sous quelles modifications ces principes s'appliqueraient aux administrateurs ou liquidateurs de société, et nos 1181 et 1257, comment ils s'appliquent aux syndics des faillites.

Le mineur autorisé, de la manière expliquée n° 57, à faire le commerce, étant réputé majeur pour les faits de ce commerce, peut soumettre au jugement d'arbitres les contestations y relatives qui l'intéressent. Il en est de même de la femme commerçante; mais l'autorisation de son mari lui est nécessaire, comme pour ester en jugement.

1389. Les femmes [2], les mineurs [3], les interdits, les morts civilement, ne peuvent être arbitres; ceux à qui des jugements ou arrêts ont enlevé, par forme de peine, l'exercice des droits civils, ne peuvent également être nommés à ces fonctions. Quant à l'étranger, nous serions porté à croire qu'en arbitrage volontaire il peut être choisi, sans qu'une des parties eût droit d'attaquer la décision pour cette cause, puisque dans cette espèce d'arbitrage, la nomination est l'ouvrage de toutes [4].

Il n'est point interdit à des juges d'accepter individuellement les fonctions d'arbitres; mais des parties plaidant devant un tribunal ne pourraient lui conférer le droit de les juger arbitralement [5], encore qu'elles eussent pu, comme on l'a vu n° 1358, consentir à être jugées par ce tribunal en dernier ressort [6].

1390. La nomination des arbitres se fait par un acte appelé *compromis*. Cet acte doit réunir les diverses conditions requises pour

1 Rejet, 15 fév. 1808. Dalloz, t. 2, p. 256.

2 Contrà, Merlin, vo Arbitrage, p. 183. Rauter, Cours de Proc., n. 405.

3 Cependant les auteurs s'accordent à regarder comme capables, les mineurs qui, à raison de leurs titres, comme les gradués, les avocats, offrent des garanties aux parties. Dict. de Bioche Vo Arbitre, n. 113, Tarlier. Merlin, q. h. v., p. 181.

4 Voy. dans le sens Bioche, h. v., n. 113; Rauter, n. 405. *contrà*. Paris, 3 mars 1828 J. du 19e s., 1828, 2e, p. 118.

5 Rejet, 30 août 1813. Dalloz, t. 2, p. 329.

6 Merlin, q p 201, pense qu'un juge peut accepter un compromis.

la validité des conventions, et pourrait être annulé par les mêmes causes qui les vicient. Il peut être dressé, soit dans le procès-verbal même des arbitres, pourvu qu'il soit signé des parties, soit par déclaration en jugement, qui, dans ce cas, n'a pas besoin d'être signée par les parties [1], soit par acte notarié ou privé : s'il est fait par acte sous signature privée, il est soumis aux règles expliquées nos 243 et suivants; mais l'exécution qu'on y donnerait, couvrirait la nullité résultant de ce qu'il n'aurait pas été rédigé en autant d'originaux que de parties intéressées, ou de ce que la mention de ce fait n'aurait pas été insérée dans l'acte [2].

1391. Il n'est pas indispensable d'exprimer dans le compromis les points en litige; les parties peuvent charger les arbitres de juger les contestations élevées entre elles, ou qui pourraient s'élever pour l'exécution de *tels* ou *tels* actes, ou pour les objets par elles énoncés dans leur compromis [3].

La désignation des arbitres par leur qualité serait faite d'une manière suffisante, si cette qualité indiquait la personne d'une manière certaine; par exemple, si les parties avaient nommé le président d'une chambre de commerce, ou toute autre personne désignée par sa fonction.

Les parties peuvent convenir de tel nombre d'arbitres qu'elles jugent à propos; il est néanmoins prudent qu'elles les prennent en nombre impair, pour éviter les difficultés et les lenteurs de la nomination d'un tiers arbitre.

Il existe un grand nombre d'affaires dans lesquelles l'équité doit l'emporter sur la rigueur du droit, et c'est principalement dans le commerce. Les parties peuvent donner aux arbitres le pouvoir de prononcer, sans être obligés de se conformer à la rigueur du droit; on les nomme alors *amiables compositeurs*. Ce pouvoir ne se présume pas, il doit être exprimé, et, de ce que des arbitres auraient été autorisés à statuer en dernier ressort, il ne s'ensuivrait pas qu'ils pussent être considérés comme amiables compositeurs.

Il peut se présenter des cas où les parties, sans être obligées par la loi à se soumettre à des arbitres, sont convenues, en contractant, de faire juger de cette manière les contestations que leurs engagements feraient naître entre elles : nous avons vu, n° 823, un exemple relatif au contrat d'assurance; et la liberté des conventions peut en amener de nombreux.

On ne peut dire que cet arbitrage soit forcé, en ce sens que les tribunaux de commerce soient obligés de renvoyer devant des arbitres les parties qui, nonobstant cette convention, consentiraient à procéder en justice réglée. Leur volonté respective peut dissoudre un pacte que la loi autorisait, mais ne leur commandait pas; cette volonté se suppose même, par cela seul qu'une partie a traduit l'autre devant le tribunal de commerce, et que celle ci n'a point demandé l'exécution du compromis, dans les mêmes cas où elle aurait pu demander le renvoi pour incompétence personnelle. Cependant cet arbitrage est forcé, en ce sens que l'une des parties, tant qu'une comparution réciproque devant les juges ordinaires n'a point amené de fin de non recevoir, peut contraindre l'autre à se conformer à la convention, et à nommer des arbitres, si l'acte ne les désigne pas; alors tout ce que nous dirons dans le chapitre suivant, sur la nomination d'office, recevrait son entière application. La conséquence de ces principes doit conduire à décider que si un commerçant avait consenti par un contrat, sur la validité duquel il n'y aurait pas de doutes, à soumettre à des arbitres les contestations qui en résulteront, ses créanciers, après la déclaration de sa faillite, seraient tenus d'exécuter cette obligation; parce que, comme nous l'avons vu n° 1176, ils n'ont pas plus de droits que le débiteur qu'ils représentent, et lui sont subrogés activement ou passivement. Il pourrait y avoir plus de difficultés à l'égard des héritiers mineurs ou interdits, et nous sommes porté à croire qu'ils ne sont pas plus obligés d'exécuter une convention d'arbitrage volontaire qu'ils ne sont obligés de continuer un semblable arbitrage commencé. C'est dans leur intérêt une exception à la règle, que celui qui s'oblige, oblige ses héritiers.

La difficulté des questions à résoudre ne serait pas uu motif suffisant pour empêcher

[1] Rejet, 11 fév. 1824. Dalloz, t. 2, p. 392.

[2] Rejet, 7 fév. 1826. —Rejet, 1er mars 1830. J. du 19e s., 1827, 1e. p. 161, 1830, 1e. p. 81.

[3] Br., 3 janv. 1829 J. du 19e s., 1829, 3e, p. 215; Dalloz t. 2, p. 293 et 306.

l'exécution d'un compromis convenu; car, lors de la signature de ce compromis, elles ont dû calculer ces différentes circonstances, et juger de la capacité de ceux qu'elles choisissaient pour leurs arbitres. Mais, par suite de la différence entre l'arbitrage ordonné par la loi, et celui qui a été convenu comme condition d'un engagement volontaire, si les arbitres nommés dans cet engagement refusaient d'accepter ou étaient décédés, ou si, de quelque manière que ce fût, même par récusation d'un arbitre jugée valable, l'arbitrage se dissolvait, les parties redeviendraient libres [1]; l'une d'elles ne pourrait contraindre l'autre à s'en rapporter à de nouveaux arbitres; et, comme nous l'avons vu, nº 1388, la mort de l'un des contractants dissoudrait aussi l'arbitrage si ses héritiers étaient mineurs.

1392. Il est libre aux personnes choisies pour arbitres d'accepter ou de refuser la mission dont on désire les charger; mais lorsqu'une fois elles l'ont acceptée, ou qu'elles ont commencé les opérations relatives à l'arbitrage, c'est-à-dire après le premier procès-verbal ouvert, elles sont engagées à donner leur décision, et ne peuvent plus se déporter sans donner lieu à une condamnation en dommages-intérêts contre elles, à moins qu'une cause légitime ne vienne les délier de leur obligation.

Ces excuses pourraient être : 1º si le compromis était vicieux et nul; 2º si l'arbitre qui se déporte avait été injurié ou diffamé par l'une des parties, et s'il était intervenu entre lui et l'une d'elles une inimitié capitale; 3º s'il était survenu à l'arbitre une maladie ou incommodité grave qui le mît hors d'état de s'occuper de l'arbitrage : 4º si un emploi public, accepté depuis le compromis, ou si ses propres affaires réclamaient tous ses soins.

1393. Jusqu'à l'expiration du délai fixé pour l'arbitrage par les parties, lors ou depuis le compromis, ou de celui que la loi indique, quand elles ne l'ont pas fait, les arbitres sont irrévocables, si ce n'est du consentement mutuel des contractants [2] : autrement le compromis ne serait plus un contrat, dès qu'une des parties pourrait s'affranchir de la loi commune sans le consentement de l'autre.

1394. Au surplus, les arbitres peuvent être récusés comme des juges ordinaires; et les causes légitimes de récusation pour ces derniers, le sont aussi pour les arbitres [3]. Mais il existe entre la juridiction ordinaire, qu'on peut appeler *forcée*, et la juridiction résultant du compromis, qu'on peut appeler *volontaire*, une différence qu'il importe de remarquer. Dans la première, c'est une cause légitime de récusation lorsque le juge est allié d'une des parties, au degré de cousin issu de germain inclusivement, quand même l'alliance serait antérieure à l'introduction de l'instance. Dans la seconde, cette récusation ne serait recevable qu'autant que l'alliance serait intervenue depuis le compromis. En général, des faits antérieurs ne seraient point admis, puisque le choix des arbitres étant commun à toutes les parties, chacune d'elles est censée avoir choisi tous les arbitres, et renoncé au droit d'en récuser aucun. On peut facilement appliquer cette règle aux différents cas.

Les moyens de récusation sont portés devant le tribunal du lieu où la cause l'eût été, s'il n'avait pas existé d'arbitrage [4] : et si la récusation est faite mal à propos, elle peut donner lieu à des dommages-intérêts.

1395. Dans aucun de ces cas, la partie dont l'arbitre a refusé, s'est déporté, a été récusé, ou est mort, n'est pas tenue d'en choisir un autre, ou d'en laisser nommer un d'office. De même elle ne peut, en nommant un nouvel arbitre, exiger, malgré son adversaire, que les opérations soient continuées, parce que la confiance dans la personne de l'arbitre manquant, peut avoir influé sur la détermination de tous ceux qui ont pris part au compromis : l'arbitrage finit donc de plein droit. Mais les parties peuvent consentir que l'arbitre manquant soit remplacé; alors les jugements interlocutoires ou préparatoires, et les divers actes de procédure doivent être exécutés : les nouveaux arbitres, à moins d'une volonté contraire des parties, reprennent l'affaire en l'état où elle se trouve.

---

1 Rejet, 6 nov. 1809. Dalloz, t. 2, p. 355.
2 Cass, 12 juill. 1809. Dalloz, t. 2, p. 351.
3 Cass, 16 brumaire an VI. Dalloz, t. 2, p. 327.
4 Cass, 27 ventose an VII.

SECTION II.

Comment se fait l'Instruction devant les Arbitres.

1396. Quiconque est chargé de prononcer sur une contestation, doit connaître tout ce qui peut servir à l'éclairer. Souvent, dans le compromis, les parties déterminent l'état de l'affaire, les pièces, moyens et genres de preuves qui doivent être administrés, le délai dans lequel ils doivent être produits; quand ce délai est expiré, les arbitres sont tenus de juger sur ce qui leur a été présenté.

A défaut d'une convention particulière ou présumée par la qualification, donnée aux arbitres, d'amiables compositeurs, les parties sont censées avoir voulu qu'ils suivissent la procédure usitée dans les tribunaux de commerce, et qu'ils prononçassent dans les trois mois; alors les pièces et moyens doivent être fournis au moins quinze jours avant l'expiration du temps fixé pour le jugement. Nous avons vu, nº 1391, que la renonciation à l'appel ne ferait pas présumer que les arbitres ont été dispensés d'observer ces formes. Du reste, les arbitres étant de véritables juges, ils peuvent, dans les mêmes cas que ceux-ci, être pris à partie [1]. Ils sont aussi juges des difficultés sur l'étendue de leurs pouvoirs [2], sauf à celui qui se prétendrait lésé par leur décision, à user du droit dont nous parlerons nº 1408; mais non de la validité du compromis.

Lorsque, pour s'éclairer, les arbitres croient devoir recourir à une enquête, à un interrogatoire, à une expertise, ils y procèdent ensemble si le compromis ne les autorise pas à déléguer un d'entre eux [3]. Ils peuvent même donner des commissions à des juges-de-paix ou autres magistrats pour entendre un témoin dont le domicile serait trop éloigné, sans qu'ils aient besoin de s'y faire autoriser par les parties. Le jugement que les arbitres rendent à cet effet, comme tous autres préparatoires ou interlocutoires, doit être déclaré exécutoire dans la forme qui sera indiquée plus bas. Si les témoins refusaient de comparaître, il faudrait également s'adresser au tribunal, pour qu'il prononçât les peines déterminées en pareil cas.

1397. Le pouvoir des arbitres ne s'étendant pas au-delà de l'intérêt civil des parties, toutes les fois que, dans le cours de l'arbitrage, il est formé une inscription de faux, ou qu'il s'élève quelque autre incident qu'il ne leur appartiendrait pas de juger, ils doivent renvoyer les parties à se pourvoir devant les tribunaux compétents, qui prononcent suivant les règles du droit, mais qui ne seraient pas autorisés à juger ces questions en dernier ressort, par le seul motif que les arbitres devant qui elles se sont élevées étaient autorisés à prononcer sans appel [4]. Le compromis n'en conserve pas moins son effet, et lie toujours les parties; les délais de l'arbitrage sont seulement suspendus pendant la poursuite de l'incident, et ne recommencent à courir que du jour qu'il est jugé définitivement.

Nous avons dit que si les parties n'ont pas fixé le délai dans lequel les arbitres devront prononcer, leur mission ne dure que trois mois à partir du jour du compromis; si l'on craint que ce délai ne soit pas suffisant, on peut donner aux arbitres le pouvoir de le proroger, si bon leur semble.

Les parties peuvent aussi, pendant l'arbitrage, et avant l'expiration du temps dans lequel les arbitres ont encore droit de juger, convenir d'une prorogation, soit par un acte particulier, soit par une déclaration devant ces arbitres [5]; la preuve de cette prorogation peut même résulter de leur comparution devant eux après le délai expiré [6]. Mais un mandataire, fût-ce celui qui aurait souscrit le compromis, ne le pourrait sans une autorisation nouvelle de son mandant, ni un seul intéressé pour les autres [7].

1398. Le jugement doit être rendu dans le délai indiqué, soit par le compromis, soit par la prorogation, si les parties en ont consenti, ou si les arbitres, dûment autorisés, en ont ordonné une. Il ne peut être rendu que par les arbitres; sans doute il ne leur est pas défendu de s'éclairer par les conseils d'hommes prudents et instruits, surtout s'il se présente des questions de droit difficiles: mais les personnes consultées ne

1 Cass, 7 mai 1817. Dalloz, t. 2, p. 346

2 Rejet, 28 juill. 1818. Dalloz, t. 2, p. 350.

3 Rejet, 13 mai 1828.

4 Cass., 22 fructidor an XIII.—Cass, 15 juill. 1818. Dalloz, t. 2, p. 465.

5 Rejet, 13 mai 1828.

6 Rejet, 17 janv. 1826. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 381.

7 Rejet, 18 août 1819. Dalloz, t. 2, p. 259.

peuvent intervenir et figurer dans la délibération qui forme le jugement. Ce jugement peut être prononcé un jour férié [1]; il doit être rendu par tous les arbitres réunis [2], sinon la décision serait nulle, à moins que le compromis n'autorisât la majorité des arbitres à juger en l'absence des autres. Mais on ne pourrait dire que le jugement a été rendu en l'absence de quelques arbitres, si la majorité avait constaté que les dissidents, après avoir concouru à rendre le jugement, ont refusé de signer la délibération qui le contient [3] : ce cas excepté, la décision qui ne serait pas signée de tous les arbitres serait nulle [4].

Quelque chose que décident les arbitres, leur décision est un véritable jugement : ainsi ils doivent observer les formes indiquées n° 1379. Ce jugement n'a d'existence légale que par la date et la signature; mais il fait foi de sa date, sans qu'aucune preuve contraire puisse être admise [5]. L'usage d'idiomes différents de la langue usuelle étant encore fréquent dans certaines provinces, il ne serait pas impossible que les arbitres eussent employé un de ces idiomes dans la rédaction du jugement. Il n'en résulterait aucune nullité; le décret du 20 juin 1794 (2 thermidor an II) se bornant à prononcer des peines contre les fonctionnaires publics qui rédigent des actes autrement qu'en français [6].

1399. La décision termine entièrement l'arbitrage; s'il s'élevait quelques difficultés ultérieures, soit sur l'interprétation du jugement, soit sur l'étendue des pouvoirs qu'avaient les arbitres, ce serait aux juges ordinaires qu'il appartiendrait de prononcer.

L'arbitrage pourrait cesser avant que les arbitres eussent jugé : nous en avons déjà vu plusieurs cas n° 1391 et suiv. Nous avons notamment indiqué la mort de l'une des parties qui laisserait des héritiers mineurs : quant aux majeurs ils doivent exécuter l'engagement du défunt; et la procédure continue avec eux, comme devant un tribunal ordinaire, pendant le délai de l'arbitrage.

La cessation de l'arbitrage n'anéantit pas tout ce qui a été fait, et si quelque jugement, soit préparatoire, soit interlocutoire, contenait des aveux ou quelque reconnaissance d'une partie au profit de l'autre; si une expertise, une enquête avait été faite, ces actes pourraient être invoqués avec fondement devant le tribunal ordinaire qui connaîtrait de la cause [7].

L'extinction de la chose qui fait la matière de l'arbitrage, la confusion des droits opposés et les divers autres moyens qui mettent fin à une contestation, peuvent aussi terminer l'arbitrage; nous ne croyons pas nécessaire de nous en occuper. Les principes expliqués n° 193 et suivants doivent suffire.

SECTION III.

Du Tiers-Arbitre.

1400. Lorsque les arbitres sont divisés d'opinion, ils doivent rédiger leur avis distinct et motivé, soit dans le même procès-verbal, soit dans des procès-verbaux séparés. L'arbitre qui ne remplirait pas cette obligation mériterait qu'on lui appliquât ce que nous avons dit, n° 1392, sur ceux qui se dispensent sans motifs d'exécuter la mission qu'ils ont acceptée.

Cette division d'avis produit des effets différents, selon les clauses du compromis. Si les parties n'ont rien décidé pour le cas de partage, cet événement fait cesser le pouvoir des arbitres, et le compromis finit. Les parties peuvent bien, par une nouvelle convention, ou choisir un tiers-arbitre, ou donner aux arbitres le droit d'en choisir un; mais c'est, en quelque sorte, un nouveau compromis. Si les parties ont prévu le cas de division, la convention qu'elles ont faite à cet égard doit être exécutée quelle qu'elle soit. Dans ce cas, le partage ne met pas fin au pouvoir des arbitres divisés; il s'ensuit que, s'ils donnent, par quelque fait, motif à récusation, ils peuvent être récusés [8].

Le plus souvent les arbitres sont autorisés

1 Rejet, 22 nov. 1827.

2 Cass., 18 frimaire an VII. — Cass, 8 fructidor an VII. Dalloz, t 2, p. 328.

3 Cass., 8 vendémiaire an VIII.—Rejet, 3 janv. 1826. Dalloz, t 2, p. 410. J. du 19e s, 1826, 1e, p. 281.

4 Rejet, 4 mai 1809. Dalloz, t. 2, p. 411.

5 Rejet, 15 thermidor an XI.—Rejet, 31 mai 1809 Dalloz, t. 2, p. 416.

6 Rejet, 1er mars 1830. J. du 19e s., 1830, 1e, p. 83. En Belgique l'emploi des langues qui y sont usitées est facultatif. (Art. 23 de la Constitut.)

7 Rejet, 6 nov. 1815. Dalloz, t. 2, p. 407.

8 Cass., 16 déc. 1828. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 296.

à nommer un tiers. S'ils s'accordent dans le choix, ils l'expriment dans le procès-verbal qui annonce le partage; s'ils ne s'accordent point, ils en font la déclaration, et alors, à la requête de la partie la plus diligente, le tiers est nommé par le président du tribunal qui doit ordonner l'exécution [1].

1401. Les règles sur les qualités requises pour être arbitre, la récusation, le droit de se déporter, l'obligation de juger, s'appliquent au tiers-arbitre. Alors, les parties doivent en nommer un autre, ou il doit en être nommé un d'office si elles ne peuvent s'accorder [2].

Le tiers-arbitre doit prononcer dans le mois, à moins qu'il n'ait été fixé un autre délai, par l'acte de sa nomination. Ce délai court du jour de l'acceptation qu'il a faite de sa fonction, quand même, à l'expiration de ce second délai, celui déterminé par le compromis ne serait pas encore expiré. Ainsi, dans un compromis, on fixe un délai de quatre mois; un mois après, la décision des arbitres, par laquelle ils annoncent le partage et nomment un tiers, est rendue; le tiers accepte de suite: quoique le délai stipulé par le compromis ne doive expirer que dans trois mois, cependant le tiers n'aura qu'un mois pour prononcer, à moins qu'un délai plus long n'ait été fixé par l'acte de sa nomination. Mais à l'inverse, si le délai du compromis étant de quatre mois, les arbitres divisés au cours du quatrième mois nomment, suivant l'autorisation qu'ils en ont reçue par le compromis, un tiers à qui ils fixent un délai de deux mois, ce tiers-arbitre rendra une décision valable, quoiqu'elle soit postérieure à l'expiration des quatre mois fixés par le compromis primitif [3].

Le tiers-arbitre ne peut juger sans avoir conféré avec les arbitres divisés [4]; mais, dès que cette conférence a eu lieu, la circonstance que les parties auraient comparu depuis devant le tiers-arbitre ne rendrait pas indispensable une nouvelle réunion de ce tiers avec les arbitres divisés; c'est une chose laissée à sa conscience [5]. Il n'est pas nécessaire que les conférences du tiers-arbitre avec les arbitres divisés soient simultanées; il peut, s'il le juge plus convenable, les entendre séparément. Il y a plus, comme la mauvaise volonté d'un ou de quelques arbitres ne peut suspendre le cours de la justice, si après que les arbitres divisés ont été sommés de se réunir en conférence avec le tiers, ils ne s'y rendent point, il peut prononcer seul. A plus forte raison, il le peut après qu'ayant entendu les arbitres divisés, ceux-ci continuent de persister dans leur discord. Dans le cas où tous les arbitres se réunissent avec le tiers, ils rendent tous un seul jugement à la pluralité de voix; et rien n'empêche que ce jugement n'adopte ni l'une ni l'autre des opinions qu'avaient émises les arbitres divisés, quand même il ne serait point rendu à l'unanimité. Mais si les premiers arbitres n'obtempèrent pas à la sommation qui leur est faite de venir juger avec le tiers-arbitre, ce dernier prononce; et alors il est tenu de se conformer à l'un des avis des arbitres divisés [6]. Il en est de même lorsque quelques arbitres seulement se rendent auprès du tiers-arbitre et que les autres s'y refusent. Le jugement réside dans l'une de ces opinions, et la fonction du tiers ne consiste qu'à déclarer laquelle lui paraît préférable. Toutefois, cette obligation imposée au tiers-arbitre d'adopter l'avis de l'un ou de l'autre arbitre doit être sainement entendue. Si l'objet de la contestation était une liquidation ou un compte, le tiers pourrait adopter sur un point l'avis d'un des arbitres divisés, et sur un autre point l'avis de l'autre arbitre [7]. Il y a même un cas où il peut n'adopter ni l'un, ni l'autre: supposons qu'un tiers-arbitre, statuant sur un compte, ait adopté sur certains points l'avis de l'un, sur certains points l'avis de l'autre, il est évident que le total auquel il s'arrêtera ne sera ni celui du premier, ni celui du second des arbitres [8].

1 Rejet, 14 fév. 1826. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 289.
2 Cass., 16 déc. 1828. J. du 19e s., 1e, p. 497
3 Rejet, 17 mars 1824. Dalloz, t. 2, p. 376.
4 Cass., 21 floréal an XI. Dalloz, t. 2, p. 394.
5 Rejet, 11 fév. 1824. Dalloz, t. 2, p. 392.
6 Rejet, 26 mai 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 227
7 Rejet, 18 juin 1823.—Rejet, 11 fév. 1824. Dalloz, t. 2, p. 392.—Cass., 1er août 1825. J. du 19e s., 1825, 1e, p. 209 et 418.
8 Cass., 1er août 1825. J. du 19e s., 1825, 1e, p. 418

SECTION IV.

De l'Exécution et des Effets du Jugement arbitral.

1402. Le pouvoir des arbitres, quelque illimité que soit le compromis, ne saurait aller jusqu'à donner à leur décision une force exécutoire. Il faut obtenir une ordonnance d'exécution du président du tribunal civil de première instance, dans le ressort duquel cette décision a été rendue, encore bien qu'il s'agisse d'une contestation commerciale [1]. Si l'arbitrage avait eu pour objet l'appel du jugement d'un tribunal de commerce, le président de la cour royale qui aurait dû juger cet appel, rend cette ordonnance. Il en serait de même si l'objet de l'arbitrage était une demande en requête civile contre un arrêt de cette cour.

L'homologation ne donne pas une nouvelle force au jugement arbitral, qui existe par cela seul que les arbitres l'ont rendu; mais il assure à ce jugement la force d'exécution qu'il ne peut tenir que de la puissance publique.

1403. Pour obtenir cette ordonnance, deux formalités sont nécessaires. La première est le dépôt de la minute du jugement arbitral qui doit être fait par l'un des arbitres dans les trois jours de sa date, au greffe; cependant, faute de dépôt dans ce délai, le jugement ne serait pas réputé non avenu. La seconde est l'enregistrement; l'ordonnance ne peut être accordée avant le paiement des droits.

Le président met sur la minute du jugement, au bas ou en marge, son ordonnance d'exécution, sans qu'il soit besoin d'en communiquer au ministère public, et c'est de ce moment seul que la décision arbitrale reçoit sa force. Il ne peut refuser cette ordonnance, ni sur le fondement d'une opposition de l'une des parties à ce qu'elle soit délivrée, ni sous prétexte de mal jugé: elle n'est point aussi susceptible d'appel [2]; sauf aux intéressés à se pourvoir par les voies que nous indiquerons dans la suite.

On a vu ce qui rendait cette ordonnance nécessaire; la conséquence toute naturelle est qu'il est toujours temps de la requérir. Elle n'a, en effet, aucune influence sur la validité du jugement arbitral; si donc ce jugement ne prononçait point de condamnation, mais fournissait quelque exception; telle qu'un renvoi de demande ou autre semblable moyen, il suffirait d'obtenir l'ordonnance, à l'instant qu'on voudrait se servir du jugement, pour l'opposer à l'adversaire.

1404. Le jugement arbitral a la même force que s'il émanait des tribunaux ordinaires, en ce qui touche les parties qui ont compromis. Ainsi, la déclaration des arbitres que les parties ont fait *tel* aveu, ou qu'il a été transigé entre elles de *telle* ou *telle* manière, fait foi sans qu'il soit besoin de leurs signatures; mais ce jugement ne peut; en aucun cas, être opposé à des tiers.

Du reste, il est exécutoire par provision dans tous les cas où nous avons vu que les jugements des tribunaux de commerce jouissaient de cette faveur [3]. Il produit l'hypothèque judiciaire; mais il n'acquiert cette autorité que par l'ordonnance d'exécution. Ainsi, une inscription prise en vertu d'une décision arbitrale qui n'aurait pas été rendue exécutoire, ne conférerait aucune hypothèque [4].

Nous hésiterions à croire que des arbitres volontaires pussent prononcer la contrainte par corps; ce droit ne devrait appartenir qu'à des juges qui tiennent leur pouvoir de la loi [5].

Les arbitres, s'ils en ont reçu le pouvoir, statuent sur les dépens comme ils croient convenable, et en consultant l'équité; autrement ils doivent y condamner celui qui succombe; à moins que ce ne soit le cas de les compenser, suivant les principes expliqués n° 1379.

---

1 Rejet, 18 mai 1824. — Cass., 4 mai 1830. J. du 19e s., 1830, 1e, p. 164.

2 Rejet, 26 vendémiaire an XII. — Réglement de juges, 1er frimaire an XII

3 Cass., 2 avril 1817.

4 Rejet, 21 pluviose an X. — Rejet, 25 prairial an XI. Dalloz, t. 2, p. 430.

5 Rejet, 1er juill. 1823, *paraît contraire*. Dalloz, t. 2, p. 362. J. de Br., 1824, 2e, p. 370.

SECTION V.

Des Voies pour faire réformer un Jugement arbitral.

1405. L'opposition n'est point admise contre un jugement arbitral, sous prétexte qu'on a été condamné sans avoir produit ses moyens. Si le jugement a été rendu après les délais accordés pour produire, il est juste qu'on ne soit pas reçu à s'en plaindre; si, au contraire, il l'a été avant l'expiration de ces délais, c'est une nullité qui peut être invoquée sans recourir à la voie d'opposition.

On peut se pourvoir contre un jugement arbitral : 1° par appel, quand même les arbitres auraient irrégulièrement qualifié leur sentence de jugement en dernier ressort; 2° par requête civile; 3° par demande principale en nullité. La cassation n'est pas, à proprement parler, une voie contre la décision arbitrale elle-même [1]; mais les arrêts ou jugements en dernier ressort qui ont prononcé, sur l'appel, la requête civile, ou la demande en nullité, sont susceptibles d'être attaqués par voie de cassation.

1406. L'appel peut être interjeté, lorsque les parties n'y ont pas renoncé par le compromis, ou depuis; et cette renonciation ne peut plus être révoquée par l'une des parties, sans le consentement de l'autre, tant que l'arbitrage subsiste [2]. Néanmoins, si l'arbitrage portait sur un appel ou sur une requête civile, la décision est sans appel, quand même les parties s'en seraient réservé la faculté.

L'appel d'un jugement arbitral se porte devant le tribunal de commerce pour les matières qui, s'il n'y avait point eu d'arbitrage, eussent été, soit en premier, soit en dernier ressort de la compétence des conseils de prud'hommes; et devant la cour royale, pour les matières qui eussent été, soit en premier, soit en dernier ressort, de la compétence des tribunaux de commerce.

Si l'appel est rejeté, l'appelant est condamné à une amende de cinq francs, lorsqu'il succombe devant un tribunal de première instance, et de dix francs, lorsqu'il succombe devant une cour royale.

1407. La requête civile est la seconde voie pour faire réformer un jugement arbitral. Les cas d'ouverture sont les mêmes que pour les jugements des tribunaux ordinaires, à l'exception de deux : 1° l'inobservation des formes de la procédure; 2° s'il a été prononcé par les arbitres sur choses non demandées. Ces deux cas ne donnent, comme on le verra plus bas, que le droit de demander la nullité de l'acte qualifié *jugement arbitral.* La requête civile est portée devant le tribunal qui eût été compétent pour connaître de l'appel, si les parties n'y avaient pas renoncé.

1408. La demande en nullité est le troisième moyen. Elle s'introduit par une opposition à l'ordonnance d'exécution, et fait l'objet d'une action en première instance devant le tribunal dont le président l'a donnée [3]. On distingue sept causes principales d'opposition.

1° Si le jugement arbitral a été rendu sans qu'il y ait eu de compromis, parce que les soi-disant arbitres, n'ayant point reçu de pouvoirs, ne pouvaient pas prononcer sur le différend; ou si la nature de l'affaire, ce qui est rare sans doute dans le commerce, interdisait l'arbitrage.

2° Si le jugement a été rendu hors des termes du compromis [4]; par exemple, si, ayant reçu le pouvoir de prononcer sur une police d'assurance, les arbitres décidaient de la propriété des choses assurées, ou s'ils avaient statué sur la récusation ou le déport de l'un deux.

3° Si le jugement a été rendu sur compromis nul [5], par exemple, si, rédigé sous signature privée, l'acte ne faisait pas mention qu'il a été fait double; car ce ne serait pas le cas d'appliquer ce que nous avons dit n° 245, un compromis n'étant pas un acte de commerce : mais on ne doit pas perdre de vue que la comparution des parties devant les arbitres couvrirait cette nullité.

4° Si le délai fixé par le compromis, ou celui de trois mois, au cas où les parties n'en ont pas stipulé, était expiré avant le jugement, qui, toutefois, comme on l'a vu n° 1398, ferait fois de sa date, quoique non enregistré. Mais il n'est pas sans importance de déterminer quand ce délai commence à courir. Il n'y a pas de doute, lorsqu'une

1 Rejet, 18 déc. 1810. Dalloz, t. 2, p. 487.
2 Cass., 14 oct. 1806 Dalloz, t. 2, p. 430.
3 Cass., 12 prairial an 2. Dalloz, t. 2, p 459.
4 Rejet, 23 juin 1819. Dalloz, t. 2, p. 464.
5 Cass., 4 fév. 1807 Dalloz, t. 2, p. 249.

contestation étant née, les parties nomment leurs arbitres pour la juger; le délai part du jour du compromis. Mais si l'obligation de se soumettre à un arbitrage a été contractée dans un contrat qui prévoyait la possibilité de contestations, il y a quelques distinctions à faire. Si les arbitres étaient nommés par le contrat, le délai nous semble devoir commencer le jour où l'une des parties a assigné l'autre à comparaître devant les arbitres. Si le contrat établissait seulement un arbitrage, ce délai ne commencerait qu'à compter du jour où les arbitres ayant été réciproquement nommés, l'une des parties a assigné l'autre devant eux; quant au délai pour le tiers-arbitre, il commence du jour de son acceptation.

5° Si le jugement n'a été rendu que par quelques arbitres non autorisés à juger en l'absence des autres.

6° Si le tiers appelé pour départager les arbitres a prononcé sans conférer avec eux, ou du moins sans qu'ils aient été sommés de se réunir à cet effet; et encore, si, prononçant en l'absence des arbitres sommés, il a rendu une décision qui n'adopterait aucun des deux avis opposés.

7° Si les arbitres ont prononcé sur choses non demandées : par exemple, s'ils avaient accordé les intérêts d'une somme, lorsque le principal seul était demandé.

Dans ce dernier cas, il n'y aurait de nullité que pour la partie du jugement qui porterait sur l'objet non demandé. Dans la plupart des autres, le jugement serait nul pour le tout.

Ces moyens sont les seuls pour lesquels on puisse employer les voies que nous venons d'indiquer.

L'opposition peut être formée avant l'exécution, pour en prévenir les effets, parce qu'elle est, de sa nature, suspensive d'exécution. Il n'y a point de délai fatal; on peut donc la former lors de l'exécution, par déclaration sur les commandements, procès-verbaux de saisie, ou tout autre acte, comme on l'a vu, n° 1381, pour les oppositions à des jugements par défaut.

C'est au tribunal qui a rendu l'ordonnance d'exécution qu'il appartient de statuer sur cette opposition. Si plusieurs personnes, condamnées par une sentence arbitrale, en demandaient la nullité pour l'une des causes ci-dessus, mais que, par l'effet des clauses du compromis ou par des acquiescements, soit au cours de la procédure, soit après le jugement, une des parties ne fût pas fondée à invoquer la nullité, la sentence arbitrale ne devrait pas être annulée à son égard [1], à moins que la condamnation ne résultât d'une obligation indivisible, et ne fût elle-même d'une chose indivisible.

Si l'on reproche quelque autre vice à la décision, il faut distinguer, selon que les parties se sont, ou non, réservé l'appel. Si elles se le sont réservé, la violation des formes, l'inobservation des diverses règles de procédure, ou le mal jugé au fond, peuvent être invoqués, encore bien que la loi ne prononce pas de nullité. Si l'appel n'a pas été réservé, il n'y a lieu qu'à requête civile, et la rescision ne peut être prononcée que dans les cas prévus par la loi.

Nous ne saurions croire que la renonciation des parties, faite par le compromis, à ce droit de demander la nullité, soit obligatoire, du moins en ce qui concerne la première, la quatrième, la cinquième et la sixième cause de nullité; les motifs spéciaux pour lesquels cette voie a été ouverte, tenant, en quelque manière, à l'essence des jugements, semblent justifier notre opinion [2].

CHAPITRE II.

De l'Arbitrage forcé en matière de société commerciale.

1409. Tout ce que nous avons dit dans le chapitre précédent, est relatif aux cas où les commerçants jugent à propos de faire décider par des arbitres une contestation qui, par sa nature, serait de la compétence des tribunaux ordinaires. Mais les contestations qui s'élèvent entre associés, de quelqu'espèce que soit la société, en nom collectif, en commandite, ou anonyme [3], ne fût-elle qu'une simple association en participation [4],

[1] Cass., 18 août 1819. Dalloz, t. 2, p. 259.

[2] Rejet, 23 juin 1819. Dalloz, t. 2, p. 464; *mais* Rejets des 15 thermidor an 11 et 31 déc. 1816, *sont contraires*. Sirey, 4, p. 26. Dalloz, t. 2, p. 463.

[3] Cass., 19 fév. 1817.

[4] Cass., 28 mars 1815.—Cass., 7 janv. 1818. Dalloz, t. 2,

lorsque des tiers n'y sont pas parties, doivent nécessairement, comme on l'a vu n° 1002, être jugées par des arbitres qui sont substitués, pour ce premier degré de juridiction, aux tribunaux de commerce, et ont les mêmes pouvoirs. C'est une juridiction forcée que les parties n'ont pas droit de décliner, même lorsqu'elles en seraient d'acord. Nous avons vu, n° 1002, que les mineurs et la masse des créanciers d'un failli n'en étaient pas exempts.

L'incompétence du tribunal de commerce et de tous autres tribunaux n'est point couverte par la comparution et la défense au fond, et le renvoi doit être ordonné par le tribunal indûment saisi, suivant les règles expliquées n° 1371 [1]. Il ne pourrait même, en nommant des arbitres pour lui faire un rapport, se réserver le jugement définitif de la cause, comme nous avons vu n° 1373; il faut nécessairement que les arbitres jugent. Mais il ne faut pas perdre de vue ce qui a été dit n° 1001, que les arbitres ne sont compétents que pour juger des contestations sociales, et non le fait d'existence d'une société non avouée [2]. Il faut en conclure aussi que, lorsque la société est dissoute, et que des contestations s'élèvent pour l'exécution des arrangements ou réglements faits en opérant cette dissolution, ce n'est plus le cas de les soumettre à des arbitres. A la vérité, s'il s'agissait de réclamations ou de redressements de comptes faits et jugés par les arbitres qui avaient réglé la liquidation sociale, il faudrait faire juger de même par des arbitres ces réclamations ou redressements, mais ce serait parce que toute demande en redressement de compte doit être portée devant les juges qui ont fait le compte [3].

1410. La plupart des règles sur l'arbitrage volontaire s'appliquent à l'arbitrage forcé, mais sous quelques modifications que la nature des choses rend nécessaires. Ainsi, la précaution d'indiquer l'objet en litige n'est pas nécessaire en matière de société, puisque l'arbitrage a lieu de plein droit sans compromis préalable. Les conclusions des parties servent à fixer le point de la contestation, comme devant un tribunal ordinaire. L'objet contentieux est qualifié par la chose même; c'est tout ce qui est relatif à la société, sans toutefois l'étendre à la validité de l'acte en lui-même, soit dans sa forme, soit comme constituant une société, ainsi que nous l'avons dit n° 1001.

Il est néanmoins utile que les parties, lorsqu'elles ne choisissent leurs arbitres qu'après la rédaction de l'acte social, et quand il y a déjà contestation entre elles, déterminent, ou du moins indiquent les points en litige, afin que les arbitres ne se livrent pas à des opérations inutiles, à des discussions d'objets non contestés.

1411. On peut appliquer ici ce que nous avons dit, n° 1388 et 1389, sur les qualités requises pour être arbitre; néanmoins le caractère particulier de l'arbitrage forcé, qui a pour objet de substituer nécessairement les arbitres aux juges ordinaires, nous porterait à croire qu'une partie ne peut, sans l'assentiment des autres, et à plus forte raison le tribunal, quand il nomme d'office, conférer ce titre à un individu qui ne serait pas Français.

La nomination peut être faite par l'acte même de société, ou par un acte postérieur et additionnel, comme on l'a vu, n° 390, pour les arbitrages volontaires, sans toutefois qu'il soit nécessaire de faire enregistrer ni publier une telle clause, puisqu'elle n'intéresse point les tiers. Les parties ont aussi la faculté de désigner les arbitres par actes extrajudiciaires. Ce mode n'est pas autorisé dans les arbitrages ordinaires, parce qu'il est de leur essence d'être entièrement spontanés, et qu'ils ne peuvent se former que par une convention : mais en matière de société, l'arbitrage étant forcé, quoiqu'on ne s'y soit pas soumis conventionnellement, chacune des parties a le droit d'obliger, l'autre à présenter ses arbitres.

Il n'est pas douteux aussi qu'elles ne puissent, comme dans l'arbitrage volontaire, nommer leurs arbitres par le procès-verbal même de la première séance, pourvu qu'il soit signé par elles.

1412. Si une partie refusait, soit de nommer des arbitres, soit de faire cette nomi-

p. 285 et 438. Br., 24 déc. 1818 et 9 mars 1822. J. de Br, 1818, 1e, p. 296; 1822, 1e, p. 221.

1 Br., 9 mars 1822 J. de Br., 1822, 1e, p 221. Dalloz, t. 5, p. 365.

2 Rejet, 25 nov. 1823 — Rejet, 30 nov. 1825. — Rejet, 6 juillet 1829. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 185; 1830, 1e, p. 307.

3 Cass., 28 mars 1815. Dalloz, t. 2, p. 438.

nation en nombre convenu, ou, comme nous l'avons vu n° 1001, dans la classe de personnes que la convention aurait désignées ; si, enfin, elle nommait une personne entièrement incapable de remplir cette mission, il y aurait lieu à se pourvoir devant le tribunal de commerce, qui ferait un choix pour le refusant [1].

Celui des associés qui provoque la formation du tribunal arbitral, doit donc signifier aux autres la nomination qu'il fait de *telles* ou *telles* personnes pour ses arbitres, les requérant de faire leur choix et de le lui notifier dans un délai qu'il indique. Si tous les autres associés répondent à cette sommation et nomment chacun autant d'arbitres que le provoquant, une première difficulté pourrait se présenter.

Les associés sont quelquefois nombreux ; chacun peut croire ses intérêts et ses prétentions tellement distincts et opposés, qu'il nomme un ou plusieurs arbitres. Le provoquant, ou tout autre associé, peut soutenir le contraire, et prétendre que *tels* et *tels* doivent se réunir pour ne faire qu'une nomination commune. C'est au tribunal à déterminer dans sa sagesse quelles sont les parties dont les intérêts doivent être considérés comme opposés, et celles dont les intérêts sont communs, et à régler le nombre des arbitres que chacune devra nommer. Mais si les parties n'ont point usé de ce droit, et si chaque associé a nommé son arbitre, ce tribunal ainsi constitué a droit de juger à la majorité, sans qu'on puisse ultérieurement, sous prétexte de l'identité d'intérêt, entre plusieurs associés, prétendre que leurs arbitres ne doivent compter que pour une voix [2].

Soit qu'il y ait des refusants, soit que des associés dont il a été jugé que l'intérêt était commun ne s'accordent point dans les nominations qui leur sont attribuées, c'est alors au tribunal à nommer pour eux, après un délai qu'il peut leur accorder. Le jugement, s'il est par défaut, est susceptible d'opposition et n'est point exécutoire par provision; et s'il est attaqué par voie d'appel, les arbitres ne peuvent opérer.

Tant que le tribunal n'a pas prononcé, et même après le jugement rendu, mais avant l'entrée en fonctions des arbitres nommés d'office, les associés en retard pourraient signifier leur choix, qui obtiendrait la préférence.

1413. Il ne saurait exister aucune position dans laquelle une partie soit privée de la faculté de faire valoir contre les arbitres qui doivent la juger, des motifs légitimes pour les récuser; et l'arbitrage forcé n'est point un cas d'exception. Dans l'arbitrage volontaire, les parties nommant ensemble leurs arbitres, ne peuvent les récuser que pour causes survenues depuis la nomination; mais dans l'arbitrage forcé, dès que la nomination n'est pas le résultat d'un accord mutuel, si les motifs de la récusation, antérieurs à la nomination, étaient repoussés, les inconvénients seraient extrêmement graves. Il semble que, par analogie des règles relatives aux experts, cette récusation devrait être proposée dans les trois jours après que la nomination a été notifiée au récusant, ou légalement connue de lui.

Il n'est pas contraire aux principes que, même dans l'arbitrage forcé, chaque partie puisse révoquer ses arbitres, tant qu'ils n'ont pas été admis par toutes; et la forme de cette révocation est indifférente, pourvu qu'elle soit justifiée par écrit [3]; car, après cette admission, elle ne doit plus pouvoir le faire sans leur consentement [4]. Ce qui n'est pas permis, même à tous les associés d'accord, c'est la révocation absolue pour porter la cause devant le tribunal de commerce. De même, si les parties étaient convenues d'être jugées en dernier ressort, cette convention pourrait être révoquée de leur consentement commun, parce qu'elle n'est pas de l'essence d'un arbitrage.

1414. Le délai dans lequel le jugement doit être rendu, est fixé par les parties, lors de la nomination des arbitres; et si elles ne sont pas d'accord sur ce délai, il doit être réglé par le tribunal.

Cette disposition se rattache, autant que la nature des choses le permet, à la règle présentée plus haut, que l'acte de nomination d'arbitres doit fixer le délai dans lequel le jugement devra être prononcé. Mais ici les parties n'étant pas libres d'être jugées, ou non, par des arbitres, l'expiration de ce

1 Cass., 5 juin 1815. — Cass., 9 avril 1816. Dalloz, t. 1, p. 314.

2 Rejet 23 nov. 1824. Dalloz, t. 2, p. 395.

3 Cass., 23 pluviose an XII. Dalloz, t. 2, p. 338.

4 Cass., 13 fructidor an VIII. Dalloz, t. 2, p. 272

délai ne donnerait pas droit, si elles ne sont pas d'accord d'une prolongation, de porter la cause devant le tribunal de commerce. Il n'y aurait lieu qu'à convenir de la fixation d'un second délai, ou de la nomination de nouveaux arbitres. On présumerait justement cette prorogation consentie par le seul fait que les parties ont comparu devant les arbitres depuis l'expiration du délai [1]. Le tribunal aurait aussi le droit, sur la demande d'une des parties, avant cette expiration, de prononcer une prorogation qu'il reconnaîtrait utile dans l'intérêt de toutes [2]. Il en serait de même en cas de mort, de récusation admise, de déport valable d'un ou de plusieurs arbitres.

Dans tous ces cas, la partie qui ne voudrait plus exécuter la clause particulière du compromis par laquelle les arbitres auraient été dispensés des formes ordinaires, ou autorisés à juger en dernier ressort, y serait fondée, parce que l'expiration du délai la libère de cette convention, et qu'il ne subsiste plus que l'obligation légale d'être jugé par arbitres, obligation qui ne va pas jusqu'à renoncer à l'appel, ni à dispenser les arbitres de juger selon les formes prescrites.

Il pourrait arriver que le délai étant expiré, avant qu'aucune des parties n'eût fait de diligences pour une nouvelle nomination, et sans qu'il y ait eu de prorogation expresse de délai, les arbitres prononçassent : leur jugement serait nul, et devrait être considéré comme rendu par des arbitres sans pouvoir. Après l'expiration du terme, ils ne peuvent obtenir de nouveaux pouvoirs que de l'autorité du tribunal ou du consentement exprimé ou tacite des parties [3], comme il vient d'être dit (*).

1415. Il ne doit être fait, devant les arbitres, aucune formalité de procédure ; chaque partie leur remet ses pièces ou titres, et un mémoire contenant ses moyens, si elle le juge à propos. Il n'est pas nécessaire de donner copie des pièces, ni de faire signifier les mémoires ; chaque partie peut en prendre communication chez les arbitres.

Si les parties n'ont pas fixé le délai des productions, il doit l'être par les arbitres : l'associé en retard est sommé par un exploit, dans la forme ordinaire, de produire ses moyens dans les dix jours ; il en résulte que le délai primitif est nécessairement prolongé, et les arbitres ne peuvent prononcer qu'après cet intervalle, depuis la sommation. Ils peuvent aussi, suivant l'exigence des cas, et même d'office, donner un terme plus long ; par exemple, si l'une des parties était obligée de faire venir des pièces d'un lieu éloigné, ou de les retirer de quelque dépôt, ou si elle avait éprouvé tout autre retard forcé ; mais ils ne peuvent accorder qu'une seule prorogation, après laquelle ils doivent juger.

1416. En cas de partage, et s'il n'y a pas de tiers arbitre nommé par le compromis, les arbitres peuvent en nommer un, sans consulter les parties, ni leur accorder de délai pour en convenir ; cependant si, averties du partage, elles en nommaient un avant que les arbitres eussent fait leur choix, ceux-ci seraient obligés d'y déférer.

Lorsque les arbitres ne sont pas d'accord sur la nomination du tiers, ils doivent renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal de commerce, et la plus diligente y assigne les autres.

Il n'est pas indispensable, comme en arbitrage volontaire, que les arbitres divisés aient rédigé séparément un procès-verbal de leurs avis ; il suffit que le fait de leur division soit constant [4]. Ils font connaître au tiers arbitre les points sur lesquels ils ne sont pas d'accord, afin qu'il les départage : du reste, il faut suivre ce que nous avons dit nº 1401 sur l'arbitrage volontaire, pour régler la manière dont le tiers doit opérer avec tous les arbitres, et le délai dans lequel il doit statuer. Lorsqu'après ce délai il n'a pas jugé, une des parties peut provoquer un autre choix ; et, par suite de ce qui a été dit nº 1414, il y aurait nullité dans la décision qu'il aurait rendue, après ce délai, quoique les parties eussent gardé le silence.

Les arbitres forcés peuvent prononcer la

1 Rejet, 3 août 1825. — Rejet, 12 mai 1828. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 96 et 1828, p. 202.

2 Rejet, 28 mars 1827. — Rejet, 14 juin 1830. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 241 et 1830, 1e, p. 207.

3 Cass., 22 avril 1823. — Cass., 2 mai 1827. Dalloz, t. 2, p. 373; J. du 19e s., 1827, 1e, p. 290.

(*) L'auteur a modifié, d'après la jurisprudence de la cour de Cassation, qui paraît fixée sur ce point, l'opinion qu'il avait énoncée dans la précédente édition.

4 Cass., 5 déc. 1810. Dalloz, t. 2, p. 388.

contrainte par corps, parce qu'ils sont substitués par la volonté de la loi, et non par une simple convention, aux juges qui auraient le droit de prononcer cette contrainte [1].

Du reste, tout ce que nous avons dit, n°s 1403 et suivants, sur la forme, la signature, la date, et le dépôt au greffe du jugement arbitral, doit être observé.

Le président qui doit donner l'ordonnance d'exécution est évidemment celui du tribunal de commerce du lieu où les arbitres opèrent [2], ou du tribunal civil qui en fait fonctions, comme on l'a vu n° 1337. Il y a plus de doute sur ce point lorsque les arbitres, quoiqu'en matière sociale où l'arbitrage est forcé, ont été investis par les parties de la qualité et des droits d'amiables compositeurs; et la jurisprudence est encore incertaine sur ce point [3]. Il faut seulement remarquer que le jugement arbitral, dont la minute est déposée au greffe, doit être transcrit sur les registres du tribunal.

1417. En principe général, les arbitres forcés ne peuvent juger sans appel que dans les mêmes cas où le tribunal de commerce, qu'ils remplacent, aurait pu juger de cette manière, suivant les règles expliquées n° 1458 et suivants; et, dans ce cas encore, leur jugement pourrait être attaqué par voie de recours en cassation. Mais les parties peuvent renoncer à l'appel, et même au recours en cassation, soit par une clause de l'acte de société, soit par une convention postérieure. Lorsque la renonciation a été faite dans l'acte de société, il semble naturel de ne la considérer comme obligatoire qu'autant que cet acte serait valable; d'où il suivrait que, s'il était nul, ce qui ferait dégénérer la société en une participation pour tout le temps de la collaboration commune, les arbitres ne tenant plus leurs pouvoirs de cet acte, mais de la loi, ne peuvent juger qu'à charge d'appel.

L'appel, lorsqu'il y a lieu, est porté devant la cour royale dans l'arrondissement de laquelle est situé le tribunal de commerce qui a, ou qui aurait connu de la formation de l'arbitrage.

Il n'y a pas lieu, comme en arbitrage volontaire, de former une demande principale en nullité de l'acte qualifié jugement arbitral [4]. Les arbitres ayant reçu la juridiction de la loi même, tiennent le rang et sont investis des droits du tribunal de commerce qui connaîtrait de la cause, si l'arbitrage ne lui avait pas été substitué; c'est sans doute par ce motif que le jugement arbitral est transcrit sur les registres de ce tribunal. Or, de même qu'un tribunal, dont le jugement rendu en premier ressort serait frappé de quelque nullité, ne pourrait point en connaître, et que l'appel deviendrait la seule voie, si les parties ne se l'étaient pas interdite; de même on ne peut déférer au tribunal de commerce l'examen des nullités articulées contre un jugement d'arbitres forcés qui, par la volonté de la loi, sont ses véritables remplaçants. Mais si les parties avaient donné aux arbitres les pouvoirs d'amiables compositeurs[5], ou les avaient autorisés à s'écarter des formes et de la rigueur du droit, cette action en nullité leur serait ouverte, parce qu'il résulterait de ces circonstances une modification aux principes sur l'arbitrage forcé, qui rendrait nécessaire l'emploi des mesures ordinaires [6]; et comme la contestation serait commerciale, cette demande en nullité devrait être portée devant le tribunal de commerce [7]. Cette présomption que les arbitres ont été constitués amiables compositeurs, ne résulterait pas du seul fait que les parties ont renoncé à l'appel [8]; il faudrait encore qu'elles eussent renoncé au recours en cassation.

Ces jugements arbitraux sont également susceptibles de la tierce opposition de la part de ceux à qui ils sont opposés; et cette

1 Cass., 5 nov. 1811. Dalloz, t. 2, p. 357.

2 Cass., 26. janv. 1824.— Rejet, 14 fév. 1826. Dalloz, t. 2, p. 451. J. du 19e s., 1826, 1e, p. 289.

3 Pour le dépôt au tribunal de commerce, Rejets des 16 avril 1823, 9 mars 1826, 28 avril 1829. J. du 19e s., 1829, 1e, p. 185, pour le dépôt au tribunal civil, Cass., 4 mai 1830. J. du 19e s., 1830, 1e, p. 164.

4 Rejet, 26 mai 1813. — Rejet, 6 déc. 1821.—Rejet, 7 mai. 1828. J. du 19e s., 1828, 1e, p. 300; Dalloz, t. 15, p. 288 et 479.

5 Cass., 15 juill. 1818. Dalloz, t. 2, p. 465. Br., 11 avril et 11 mai 1829; J. du 19e s., 1829, 2e, p. 303 et 1829, 3e, p. 28. J. de Br., 1829, 1e p. 277; Merlin, *quest.* v° Arbitres, § 4, n. 4.

6 Cass., 16 juill. 1817. — Rejet, 6 avril 1818. — Rejet, 1er mai 1822. — Rejet, 8 août 1825. — Rejet, 26 mai 1826, 7 mars 1832. Dalloz, t. 2, p. 273, 278 et 279. J. du 19e s., 1825, 1e, p. 398 et 1832, 1e, p. 242; J. de Br., 1832, 2e, p. 285.

7 Rejet, 9 mars 1826. Dalloz, t. 2, p. 479.

8 Rejet, 26 mai 1813.

tierce opposition doit être portée devant le tribunal auquel les arbitres sont réputés avoir été substitués, si elle est faite par action principale, ou devant le tribunal saisi, lorsqu'il est égal ou supérieur, si cette opposition est incidente. Ce droit de tierce opposition appartiendrait évidemment à celui qui prétendrait n'avoir été ni partie personnellement, ni dûment représentée dans l'acte qui a nommé les arbitres et a tracé les limites de leurs pouvoirs. Mais si, parmi plusieurs intéressés, quelquesuns avaient figuré dans cet acte, la nullité du jugement ne pourrait être prononcée en leur faveur, et la décision arbitrale serait chose jugée avec eux[1]. C'est la conséquence des principes expliqués n° 1408.

1418. Nous avons fait connaître, n° 1002, le seul cas dans lequel la renonciation à l'appel ne peut être faite : c'est celui où des mineurs et autres incapables de compromettre, se trouvent aux droits d'un des associés primitifs. Mais on ne pourrait point appliquer cette règle à un mineur commerçant : il est réputé majeur pour les faits de son commerce, et la renonciation au bénéfice d'une sentence arbitrale est la disposition d'un droit absolument relatif au commerce : car ce mineur pouvait consentir à être jugé en dernier ressort par le tribunal, même pour un intérêt de plus de 1000 francs, ou transiger sans remplir les conditions imposées aux tuteurs des mineurs.

La même règle s'appliquerait aux syndics d'une faillite : ils ne pourraient, comme on l'a vu n° 1181, sans autorisation du tribunal, renoncer à l'appel, ou donner aux arbitres la qualité d'amiables compositeurs[2].

[1] Cass., 8 août 1825, J. du 19e s., 1825, 1e, p. 398.

[2] Rejet, 6 avril 1818. Dalloz, t. 2, p. 279.

F 42 1512

TABLE

DES

TITRES CONTENUS DANS CE VOLUME.

(Voyez la table alphabétique à la fin de l'ouvrage.)

